

SUMARIO

XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

Nota del editor	1
La acción publiciana y la extensión de los conceptos jurídicos Por Juan Carlos Ghirardi	2
La persona jurídica en el derecho romano Por Juan C. Palmero	13
Comisión. Obligaciones. Régimen de acumulación de intereses. Código Civil y Comercial Por Carlos A. Gherzi	35
Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales Por Ramón D. Pizarro	39
“Unsex me here”: Compensaciones económicas, alimentos y perspectiva de género en el nuevo Derecho Civil Por Úrsula C. Basset	59
La obligación de saneamiento Por Juan Manuel Aparicio	70
Algunas cuestiones en torno a los conjuntos inmobiliarios Por Claudio M. Kiper	88
Licitación entre herederos: régimen civil y procesal Por Francisco A. M. Ferrer	104
Derivaciones del principio de acceso al consumo sustentable en las relaciones de consumo Por Carlos A. Hernández y Sandra A. Frustagli	117
El consumidor internacional Por Amalia Uriondo de Martinoli	128
La reforma procesal: enfoque sistémico Por Jorge A. Rojas	142

XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Nota del editor

Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil son, sin duda, el evento académico más importante del Derecho Civil. Estos encuentros, cuya génesis son los Congresos Nacionales de Derecho Civil, se vienen realizando desde el año 1927 en distintos lugares de nuestro país.

Distinguidos profesores argentinos y extranjeros prestigian estas jornadas con su participación y sus recomendaciones han servido siempre de guía para la evolución legislativa del Derecho Civil.

Por ello, nos pareció importante editar este número especial con trabajos de conocidos profesores que participarán con sus exposiciones del mayor encuentro de la civilística argentina, que

tendrá lugar en la Universidad Nacional de La Plata los días 28 a 30 de septiembre de 2017.

Los artículos de doctrina son publicados en el orden que tienen las distintas comisiones de las Jornadas y pretenden servir de introducción al intercambio de ideas que se producirá en su seno.

Esperamos que el contenido de este número sea del interés de nuestros lectores y los incentive a participar de estas Jornadas, a las cuales muchos venimos asistiendo hace años pues nos permite debatir con nuestros pares y aprender de los grandes maestros.

Luis Daniel Covi

La acción publiciana y la extensión de los conceptos jurídicos

Por Juan Carlos Ghirardi

SUMARIO:

I. Propiedad quiritaria y propiedad bonitaria.– II. Acción reivindicatoria y acción publiciana.– III. Derecho romano y derecho anglosajón.– IV. El pretor y el derecho romano.– V. El judge británico y el derecho anglosajón.– VI. Comparando el derecho honorario y el derecho anglosajón.– VII. La extensión de los conceptos jurídicos.

I. Propiedad quiritaria y propiedad bonitaria

La propiedad romana primitiva, tal como se la conoció desde los orígenes de Roma y durante los primeros siglos de existencia de la *urbs*, se denominó propiedad *quiritaria*(1) término éste que aludía a los primeros ciudadanos romanos y su Derecho. Este *dominium ex iure quiritium* requería de tres elementos, sujeto romano, objeto romano y modo romano.

Sujeto romano significaba que el dueño debía forzosamente ser ciudadano de Roma, porque ello presuponía estar en posesión del *ius commercium* que era privativo de aquéllos. Objeto romano implicaba que los fundos que estaban sometidos al dominio de alguien debían hallarse en Roma, o eventualmente en Italia (2). Modo romano quería decir que el derecho se tenía que adquirir a través del medio establecido según la naturaleza de la cosa: *mancipatio* o *in iure cesio*

si se trataba de una *res Mancipi*(3), o *traditio* si era una *res non Mancipi*.

Ahora bien, con el advenimiento del pretor (4) va a comenzar a configurarse otro tipo de propiedad, que se denominó propiedad pretoriana o propiedad *bonitaria*.

Repárese en este último término, que es muy gráfico. Ser propietario *bonitario* de una cosa determinada en realidad no implicaba ser “dueño” de la misma, calidad que sólo podía revestir el *dominus ex iure quiritium*, es decir el propietario quiritario, pero significaba que la persona que ostentase ese título la tenía entre sus bienes (5), tal el significado de la palabra. Al pretor le estaba vedado constituir en *dominus* a quien legalmente no podía serlo, pero al redactar su edicto gozaba de facultades para ir *contra tabulas*, modificando el derecho civil, a los fines de otorgar protección jurídica a quien estimase la merecía

(1) La palabra viene de *quiris* (en plural *quirites*), voz con la cual según la Enciclopedia Británica se designaba a los antiguos ciudadanos romanos, y derivaba de la deidad sabina Quirino (algunos la asocian a Rómulo), patrona de la tribu de igual nombre. Era un término exclusivamente de uso civil, y desde ese aspecto contrastaba con el término “romano”, que aludía a los primitivos ciudadanos en todo aspecto, inclusive y fundamentalmente en el militar y político. La voz derecho quiritario vendría a servir entonces para designar al antiguo derecho civil romano.

(2) Esto último a partir de la *lex Plautia Papiria*, un plebiscito del año 89 a.C. que, para terminar lo que dio en llamarse “guerra social” (no porque fuese de clases sino porque los romanos la libraron con los *socii*, sus aliados italianos), concedió la ciudadanía a todos los habitantes de Italia.

(3) Eran *res Mancipi* los fundos en suelo itálico, las servidumbres sobre esos fundos, los animales de tiro y carga y los esclavos. Todas las demás cosas entraban en la categoría de *res nec Mancipi*.

(4) La pretura aparece como magistratura en el año 367 a.C. con las leyes Sextios y Licinias, hechas sancionar por los tribunos de la plebe C. Licinio Stolo y L. Sextio Laterano entre los años 376 y 367 a.C.

(5) *In bonis habere*.

“por causa de utilidad pública” (6). Procedió aquí de modo exactamente igual a la conducta que siguiera en materia sucesoria donde, al lado del heres del derecho civil, instituyó la figura del *bonorum possessor*.

Así el peregrino, que no estaba investido del *ius commercium* y por ende no podía ser *dominus* con arreglo al derecho quirritario, fue tutelado a través de una *actio in rem* en virtud de la cual el magistrado fingía que se había hecho ciudadano y por ende que podía ser “dueño” de cosas, con arreglo a esta creación del derecho pretorio. De igual modo sucedió con quien hubiese adquirido alguna *res mancipi* sin respetar el modo romano, aunque lo hubiera sido a través de un acto cumplido entre ciudadanos. Con arreglo al derecho quirritario la transferencia no podía haber sido realizada, y de acuerdo a ese ordenamiento civil el antiguo dueño seguía siéndolo, motivo por el cual podía haber reclamado la restitución de la cosa al adquirente, o si por algún motivo cualquiera retornaba a su poder, no era viable se le pidiera la devolviese.

Aquí la construcción pretoriana fue gradual, en un primer momento el magistrado permitió al nuevo “dueño”, pese a que legalmente no era tal, repeler la reivindicación del anterior propietario mediante una excepción, la *exceptio rei venditae et traditae* (7), pero ella solamente era operativa mientras aquél mantenía la cosa en su poder, si ya no la conservaba dejaba de ser posible ejercerla. Por ese motivo se recurrió a una acción ficticia, la *actio publiciana*, en virtud de la cual quien hubiese adquirido algo mediante justa causa y buena fe, podía defenderse exactamente como si fuera propietario quirritario, porque el pretor “fingía” que el término de la usucapción (8) ya había transcurrido.

En fin, ya he dicho que el *dominium ex iure quiritium* sólo podía ejercerse en relación a inmuebles que se hallasen ubicadas dentro del territorio itálico, los que se encontraban en provincias pertenecían al Estado Romano. Pero éste no acostumbró jamás a explotarlos por sí mismo, y

usualmente delegaba esa actividad a particulares que, a cambio de ello, abonaban un canon llamado *stipendium* en el caso de las provincias senatoriales, y *tributum* en el de las imperiales. Quien obtenía ese tipo de explotación gozaba de derechos similares a los del dueño quirritario, pudiendo quedarse con los frutos que obtenía, motivo por el cual podríamos hablar de una “propiedad” provincial, aunque técnicamente no tuviese el carácter de ese derecho. La misma perduró hasta tiempos de Justiniano.

II. Acción reivindicatoria y acción publiciana

La propiedad quirritaria estaba tutelada por la acción reivindicatoria, o reivindicación (9), por medio de la cual el propietario de una cosa que había sido privado de la posesión, reclamaba su devolución. Le incumbía probar que revestía el carácter de *dominus ex iure quiritium* al momento de trabarse la litis y que el objeto del que era dueño, fuera de la naturaleza que fuese, le había sido arrebatado. No necesitaba demostrar que había sido privado del mismo sin derecho, ya que si quien lo tenía en su poder alegaba la existencia de un motivo justo para ello, a él le incumbía probarlo.

En cuanto al primero de los requerimientos, se trató de lo que dio en llamarse *probatio diabolica* dado que si la adquisición había sido a título derivado, como nadie podía (10) transmitir un derecho más amplio del que tiene, había que demostrar también la legitimidad de los títulos de sus antecesores en el dominio, hasta llegar a quien lo había adquirido a título originario, cosa muy difícil ya que a veces podía requerir remontarse muchos años atrás en el tiempo. Esto se subsanó de un modo muy simple, limitando esta concatenación de pruebas solamente tan atrás como para que ya se hubiera operado la prescripción adquisitiva, o usucapción.

Ahora bien, el propietario bonitario carecía de esta acción y por ello el pretor lo dotó de otra,

(6) Véanse las definiciones de derecho civil y derecho honorario, que suministra Papiniano en D. 1.1.7.pr. y 1.

(7) Cosa vendida y entregada.

(8) Sumamente breve, de uno o dos años por aquel entonces.

(9) Literalmente *reivindicatio*, reclamo de la cosa.

(10) Tampoco hoy puede.

una *actio in rem*, que se denominó *actio publiciana*, probablemente porque surgió por primera vez en el edicto perpetuo de un tal Publio o Publicio, allá por la segunda mitad del siglo II a.C. (11). Podían ser sujetos activos el titular del *in bonis habere* o bien el poseedor de buena fe, que hubiesen perdido la posesión de la cosa, aunque también podía echar mano de ella el dueño quirritario, dado que el régimen probatorio de esta acción era más sencillo que el de la reivindicación. Era factible intentarla en contra de todo poseedor, fuere de buena o mala fe.

No voy a entrar en mayores detalles, ya que el objeto de este trabajo es otro como se expone en los apartados que siguen. Para abordarlo, me resulta indispensable referirme al paralelismo que existe entre derecho romano y derecho anglosajón.

III. Derecho romano y derecho anglosajón

Estamos acostumbrados a considerar al derecho continental europeo, del cual proviene el nuestro, y al derecho anglosajón como formando parte de dos esferas opuestas, antagónicas si se quiere. Así se dice que el primero descende directamente del derecho romano, y el segundo resultaría totalmente ajeno a este último, cosa que de ninguna manera es así, ambos tienen un mismo origen romanista.

Lo que sucede es que los sistemas jurídicos de Europa continental han heredado la última versión del derecho romano, que es el derecho bizantino, plasmado en leyes y preceptos legales compilados en códigos, de los cuales el más importante de todos es el *Corpus Iuris* del emperador Justiniano. Por su parte la actual Inglaterra fue, si exceptuamos la Dacia, la primera provincia que se escindió del Imperio Romano, allá por el año 406 de nuestra era, cuando Roma retiró la última de las legiones que tenía acantonadas en las islas británicas para poder defender mejor los territorios más centrales de su, para entonces, tambaleante Imperio. Sin embargo, había mantenido su poder allí desde que el empera-

dor Claudio conquistara lo que hasta entonces era la salvaje Britania, en el año 43 d J.C. ¡Más de tres siglos debieron haber dejado alguna impronta! (12).

Así fue en realidad, el derecho anglosajón actual reconoce al romano entre sus fuentes jurídicas, pero no al mismo derecho romano del que descienden los sistemas y ordenamientos europeos del continente, por la simple y sencilla razón que Inglaterra hacía más de un siglo que se había escindido del Imperio cuando reinó Justiniano (13) y sancionó el *Corpus* codificado, que nos legara y ha inspirado nuestras legislaciones. Los británicos heredaron otro derecho romano, el de los pretores y los jurisconsultos.

Naturalmente entonces, uno y otro sistema jurídico deben ser, y son, distintos porque aunque ambos tengan raíces romanistas, estas raíces se hunden en distintas etapas de la evolución del derecho romano.

La manera de crear el derecho que heredaron los pueblos de Europa continental fue la formulación de principios universales y generales, para ser aplicados a solucionar los diversos casos particulares que se pudieran presentar, aunque la fuente material de donde emanaban haya cambiado con el transcurrir de los siglos. Ya no será el emperador ni el monarca quienes dicten las leyes, quizás ellos hayan sido sustituidos por el Parlamento o por cualesquier otro órgano de gobierno, eso carece de importancia. Lo que verdaderamente cuenta es que el derecho continental europeo -ése sí- configura un sistema de normas universales, y siempre lo constituyó, al igual que su descendencia, los sistemas jurídicos de América Latina. De ese sistema de normas universales inferimos, mediante la deducción, la solución de los casos particulares.

En el otro extremo aparece el derecho anglosajón. El sistema parte de lo singular, del caso concreto que se resuelve, y se va construyendo a partir de lo experimental y de la acumulación de precedentes. Aquí la mente del jurista pa-

(11) En una de mis novelas de ficción, "Dania Regina", he atribuido la creación de esta acción a mi personaje imaginario Valerio Publio Venator.

(12) Los argentinos presumimos de tener un derecho patrio y propio, con apenas poco más de doscientos años de existencia como nación independiente.

(13) Del 527 al 565 d J.C.

La acción publiciana y la extensión de los conceptos jurídicos

recería trabajar de una manera muy distinta a la de su colega del continente: en éste priva la deducción como ya se ha dicho, en aquél la inducción; éste se apoya en el dogma, aquél en la experiencia; éste en la norma, aquél en el caso; éste construye un sistema a partir de principios universales que busca aplicar a los problemas particulares que se le presentan; aquél a partir, precisamente, de las soluciones que va dando a cuestiones singulares va a llegar a formular las reglas generales.

IV. El pretor y el derecho romano

La pretura aparece en el año 367 a.C., fruto de las leyes Sextias y Licinias, como una magistratura de rango inferior al consulado. Se podría decir que el pretor es el colega menor de los cónsules, y en principio constituyó una excepción al principio de la colegialidad de los magistrados porque se elegía uno solo, denominado pretor urbano, quien se encargaba de impartir justicia entre los ciudadanos romanos (14). Recién en el año 247 a.C., durante el transcurso de la segunda guerra púnica, se crea un segundo pretor denominado pretor peregrino, cuya misión era hacer lo propio entre ciudadanos y extranjeros, o extranjeros entre sí. Posteriormente su número aumentará hasta dieciocho con la introducción de magistrados con competencias especiales, como, p. ej. discernir tutelas o presidir algunos tribunales permanentes creados para determinadas causas, como el de las *quaestiones perpetuae* (15).

De la labor pretoriana emana el denominado derecho honorario, llamado así porque al decir de Pomponio (16) surge del honor de los pretores”, y fue constituido para “ayudar, corregir o suplir el derecho civil, por razones de utilidad pública” (17). Estos magistrados se encontraban investidos del *ius edicendi*, es decir la facultad de emitir edictos.

De esta manera, cada pretor al inicio de su mandato anual promulgaba su edicto perpetuo, que iba a tener vigencia durante todo el período durante el cual estuviese en el cargo. Allí constaban las soluciones que se proponía aplicar a los casos legales que se le presentasen en el transcurso del año y a estas soluciones se atenia, por sobre las consagradas por el derecho civil. El edicto perpetuo constaba de una parte denominada traslaticia, integrada por todo aquello que el pretor hubiese replicado del edicto perpetuo de quien le precediera en el cargo, y una parte nueva, que era de su creación personal. En caso de surgir alguna cuestión no prevista en este edicto, dictaba para resolverla otro edicto denominado repentino, que luego se integraría al perpetuo.

Ahora bien, el pretor no era propiamente un juez como podría inferirse de lo que se lleva expuesto, sino un magistrado elegido por el pueblo en comicios llamados al efecto, pero su misión resultaba sumamente importante ya que estaba encargado de instruir las causas hasta la traba de la litis (18). A partir de ese momento cesaba su intervención y el juicio era remitido al *iudex* (19), quien iba finalmente a resolverlo.

La que antecede ha sido una exposición sumamente elemental, pero resulta imprescindible para que este trabajo tenga coherencia. Podría concluirla acotando que la existencia del derecho pretorio fue precisamente lo que permitió el desarrollo del derecho romano, ya que como se dijo no estaba cristalizado como sucedía con el derecho civil, conformado por leyes que para ser modificadas necesitaban de otras leyes, sino que mutaba y evolucionaba anualmente en la medida que un edicto perpetuo sucedía al anterior. Podríamos decir que estaba en constante elaboración y en continua evolución, precisamente por ese motivo y a través de esta vía, los pretores pudieron y supieron introducir en el

(14) POMPONIO, en D. 1.2.2.27 y 28.

(15) Con competencia para juzgar ciertos delitos como *iniuria*, *maiestas* o *repetundae* (cohecho, concusión o soborno).

(16) D. 1.2.2.10.

(17) I. 1.2.7 y PAPINIANO, en D. 1.1.7.pr y 1.

(18) *Litis contestatio*.

(19) Se lo designaba para cada asunto, al igual que en casos especiales se nombraban otros jueces denominados respectivamente árbitros y recuperadores, sin perjuicio de la existencia de tribunales permanentes, los decemvros y los centunvros. Pero esta no es una cuestión sobre la que interese que me explique aquí.

ordenamiento jurídico los preceptos del *ius gentium* (20) que considerasen más avanzados, en comparación a los del tosco derecho civil romano primitivo.

V. El *judge* británico y el derecho anglosajón

Retirados los romanos de la provincia de Britania, durante unos dos siglos reinaron allí el desorden y las guerras, ya fueren intestinas entre los sajones que fueron habitantes originarios de Inglaterra, ya entre ellos y los pictos del norte, habitantes de las regiones situadas más allá de la muralla mandada a construir por Adriano (21). Finalmente el reino inglés se consolida y el cristianismo es reintroducido en la región, por obra y gracia del matrimonio del rey Etelberto con una princesa proveniente del reino de los francos, que profesaba esa creencia.

Este mismo monarca realizó una recopilación escrita de las leyes del reino, allá por el año 600, donde se consagraba un sistema de compensaciones pecuniarias debidas por quien hubiese atentado contra la propiedad, la vida, o la integridad física de una persona, y para ser abonadas al ofendido o su familia. Dicho cuerpo de leyes fue ampliado cien años más tarde, alrededor del 700, por el rey Ine, quien sancionó ciertos delitos, p. ej., la traición y el atentado a la vida del rey, como no compensables económicamente y expiables únicamente con la pérdida de la vida o la libertad del delincuente.

Llegaron más tarde las invasiones de los pueblos escandinavos, los vikingos, quienes a partir del siglo IX irrumpieron desde el noreste. El enfrentamiento con los sajones fue prolongado y con alternativas cambiantes, hasta que el rey Alfredo, llamado el Grande, monarca de Wessex en el oeste inglés logró, en las postrimerías de ese siglo noveno de nuestra era, detener a los invasores y conservar así su reino. Alfredo fue, además de un combatiente victorioso, un buen organizador que procuró imponer un orden político estable. Idea que incluía también la creación de un cuerpo normativo para sus dominios.

Dividió entonces el reino en condados o *shires*, en cada uno de los cuales se asentaba una corte del condado (o del *shire*) la cual tenía, además de funciones administrativas, competencia judicial. Paralelamente publicó un libro de leyes, *Los Destinos de Alfredo*, como también se lo llama, en el que se combinaban las viejas costumbres germanas con el código mosaico y los principios cristianos. Este cuerpo legislativo, que no contenía muchas normas, puede resumirse en un solo principio rector: “Lo que no quisierais que os hagan a vosotros, no lo hagáis a los demás”. El rey solía decir que, recordando esta máxima, cualquier juez podía llegar a hacer justicia a cualquier pueblo, sin necesidad de complejos códigos.

Las leyes de Alfredo, engrosadas por las de sus sucesores y las resoluciones judiciales que en virtud de ellas se dictaron, conformaron un cuerpo consuetudinario que fue conocido como *Leyes de San Eduardo*, del cual muchos dicen que es la base del derecho común inglés (22).

Pese a la invasión de los normandos, que con Guillermo el Conquistador tomaron el país en la batalla de Hastings en el año 1066, el derrotero jurídico continuó en la misma dirección. Fue finalmente un sucesor de Guillermo, Enrique II Plantagenet (23), quien organizó tribunales que administraban un derecho común en toda Inglaterra. Y, luego de la subida al trono de su sucesor Ricardo I en 1189, es que un posterior estatuto del rey Eduardo I fijó oficialmente el comienzo del sistema legal aún hoy vigente. El avance fue importante, dado que hasta el momento los tribunales estaban en permanente conflicto, fruto ello de no hallarse organizados bajo un poder central sino que las cortes de justicia eran privadas, cada señor tenía la suya propia para juzgar a sus súbditos.

Pero volvamos a los tribunales creados por Enrique II a fin de administrar en todo el reino un sistema de derecho común, el *common law*, para narrar el origen de los mismos. Antes de la época de este monarca, en tiempo de los sajones, el rey era elegido por una asamblea

(20) El común a todos los pueblos.

(21) El actual territorio de Escocia.

(22) Me estoy refiriendo al *common law*, que ha sido definido como “la costumbre general del reino”.

(23) 1154-1189.

La acción publiciana y la extensión de los conceptos jurídicos

general de notables llamada *Witenagemot*, pero con el advenimiento de los normandos el poder de esta asamblea se fue debilitando, pasando a ser llamada el Gran Consejo del Rey, o simplemente *Magnum Consilium*. A partir de Enrique I (24) se redujo el número de sus integrantes, y desde entonces quedó conformada solamente por unos pocos nobles, consejeros y secretarios del rey, tomando el nombre de *Curia Regis* (25).

Esta *Curia Regis* tenía funciones judiciales, en las cuales desempeñó un papel muy importante el canciller real (26), e introdujo dos usos forenses que a la postre terminarían siendo fundamentales en la estructuración del derecho anglosajón: los *writs* y los “precedentes”. Vamos a explicar en qué consistían.

Cuando cualquier ciudadano privado ocurría ante el rey en busca de justicia, éste extendía un *writ*, que era una orden dirigida a sus tribunales facultándolos para entender en el caso. Orden por la cual asimismo les encomendaba que, de encontrar fundadas las afirmaciones del demandante, hiciesen lugar a su reclamo.

Estos *writs*, estas órdenes, no eran otra cosa que fórmulas, del tipo que de las que la ley *Aebutia* había introducido en la Roma de las postrimerías de la República. Y cada fórmula contenía -como sus predecesoras romanas- una breve explicación del caso, siendo solamente posible una fórmula para cada tipo de litigio. Como se advierte la actividad real era muy similar, en este aspecto, a la desarrollada por los pretores de la Roma republicana.

En cuanto a los “precedentes”, cabe señalar que cada vez que el rey expedía un *writ*, el canciller real, el *Lord Chancellor*, se encargaba de hacer él lo propio sin molestar nuevamente al monarca, en todos los litigios que se presentaran con ulterioridad y que considerase similares. Con lo que, de a poco, virtualmente todos los casos judiciales fueron siendo absorbidos por los tribunales reales. Por su parte, cada vez que uno de ellos era resuelto, la sentencia se registraba en

un libro, el *Year Book* (27), cuya aparición se remonta al reinado de Eduardo I, en el año 1292.

Verdad es que estos precedentes así registrados no tenían fuerza obligatoria para las causas posteriores pero, generalmente, si los abogados lograban demostrar a un juez que un determinado principio o precepto ya había sido aplicado antes, por otro magistrado y en un caso semejante, muy probablemente obtuvieran una sentencia similar.

Así, de modo insensible, se fue consagrando la “ley de los casos juzgados” (28), obviamente no escrita pero no por ello menos respetada. Conforme a ella la sentencia, norma individual dictada en un caso concreto, se volvía un “precedente”, que resultaba obligatorio seguir para los jueces que ulteriormente debieran resolver cuestiones similares. De esta manera, sin necesidad de escribir un código, se fue conformando el derecho inglés.

Volvamos ahora a la *Curia Regis*, que gradualmente se fue atiborrando de gran cantidad de casos judiciales, lo cual inevitablemente le generó una multitud de obligaciones que resultaba imposible cumplir en su totalidad. Por ese motivo fue delegando gradualmente algunas de ellas en otras cortes, que se fueron creando con posterioridad, para aliviarla en algo de ese peso. Debido a ello, y por ser el tronco del que van desgajándose los restantes tribunales del reino, se la conoce como la “madre de los tribunales de justicia de Inglaterra”.

La primera corte separada de la *Curia Regis* fue la Corte de *Exchequer*, durante el reinado de Enrique II, especializada originalmente en litigios atinentes a las finanzas públicas y rentas reales, si bien con el tiempo su jurisdicción se fue ampliando hasta llegar a abarcar todo pleito entre dos particulares que tuviese por origen una deuda privada.

Muy poco después, y también bajo Enrique II, la *Curia Regis* se dividió por segunda vez, dando

(24) 1100-1135.

(25) La Corte del Rey.

(26) Lord Chancellor.

(27) Anuario.

(28) Stare decisis.

nacimiento ahora a la llamada *Corte de Common Pleas*, cuyo ámbito de jurisdicción se extendía a todos los pleitos comunes, o litigios civiles. Esta Corte fue originalmente un tribunal móvil, que seguía al rey a través del país (29). Posteriormente se estableció de modo permanente en Westminster, datando su organización definitiva de mediados del siglo XIII.

La tercera escisión de la *Curia Regis* tuvo lugar a fines del siglo XIV. Se trató de la *Corte del King's Bench*, que entendía en cuestiones de derecho criminal o penal, considerándose entre las mismas a todo acto que implicase una violación de la "Paz del Rey". Posteriormente su jurisdicción se amplió, y además del aspecto criminal de los ilícitos se ocupó también de conocer en los reclamos indemnizatorios articulados por las víctimas de los mismos.

Estos tribunales reales, a los que acabo de referirme, pronto adquirieron tan gran prestigio que desplazaron a los demás preexistentes. La explicación era simple: en primer lugar, aplicaban un derecho común a toda Inglaterra; el procedimiento por su parte estaba basado en la investigación, abandonándose las prácticas del juramento o el juicio de Dios (este nuevo sistema será el antecedente del actual juicio por jurados, ocupando los jurados el lugar de los antiguos investigadores). Y finalmente, el vencedor contaba con el auxilio del poder real para ejecutar la sentencia que lo había favorecido.

Ahora bien, los tribunales que fueron escindiéndose de la *Curia Regis* no absorbieron la totalidad de las funciones jurisdiccionales que la misma tenía, ni la dejaron absolutamente privada de campo en el cual intervenir. Muy por el contrario, aquélla quedó con la facultad de administrar justicia en los casos en que las nuevas cortes que resolvían de acuerdo al *common law* no proveyesen solución, generalmente porque carecían de las atribuciones para ello.

En estos supuestos, los particulares siempre podían ocurrir directamente al rey y su *Curia Regis*, por encima de los tribunales especiales

constituidos a partir de ésta, impetrando justicia a través de las "peticiones de gracia". Dichas peticiones fueron usualmente giradas al siempre presente *Lord Chancellor* para su conocimiento, y de esta manera ya desde los tiempos de Eduardo III (30), la corte del canciller se convirtió en el foro al que solía recurrirse para obtener pronunciamientos que los tribunales ordinarios no tenían atribuciones para dictar. Así nació la llamada *Corte de Chancery*, que quedó definitivamente establecida como tribunal a fines del siglo XV.

La *Corte de Chancery* dio origen a un nuevo cuerpo de normas jurídicas y precedentes, paralelos a los del *common law*, que procuraban hacer justicia en situaciones no alcanzadas por éste, y que recibió el nombre de *equity* (31). Como este tribunal que fallaba conforme la equidad subsistió en Gran Bretaña, actuando paralelamente a los de *common law*, hasta 1873, podemos afirmar que durante cuatro siglos coexistieron dos sistemas de derecho, administrados por dos organizaciones judiciales diferentes, aunque ello creaba una latente hipótesis de conflicto, que en algún momento debía hacer eclosión.

La crisis tuvo lugar bajo el reinado de Jacobo I (32). Lord Coke, a la sazón presidente del tribunal del *King's Bench* mantuvo en 1616 una controversia con el *Lord Chancellor* Ellsmere, a raíz de la cual llegó a negar facultades al rey para interferir con la labor de los tribunales de justicia. La respuesta del monarca no se hizo esperar, fue así que Jacobo I destituyó a Lord Coke y asumió directamente el control de los tribunales judiciales, lo que lo llevó a un conflicto con el Parlamento en el cual éste, a la postre, fue el victorioso.

Si bien entonces se podría decir que el *common law* resultó formalmente vencedor, no por ello desapareció la *equity*, ya que al constituir ésta un sistema jurídico supletorio, siempre existían cuestiones que el derecho común no podía resolver, o lo hacía defectuosamente. En estos asuntos seguía campeando vigorosa la jurisdicción de los tribunales de *equity*, tanto es así que

(29) Aludiendo a esto se la denominaba vulgarmente la "Corte de los pies polvorientos".

(30) 1327-1377.

(31) Equidad.

(32) 1603-1625.

La acción publiciana y la extensión de los conceptos jurídicos

las leyes judiciales de 1873 y 1875, si bien hicieron desaparecer esos tribunales independientes de *equity* unificándolos con los de *common law*, al hacerlo invirtieron el orden de prelación, estableciendo que, en cualquier conflicto entre *common law* y *equity*, habían de prevalecer los principios de esta última.

VI. Comparando el derecho honorario y el derecho anglosajón

Volvamos al derecho romano, para decir que quizás su gran logro haya sido el haber llegado a sobrevivir, cosa que hizo por méritos propios, mucho después que el Estado que supo crearlo se hubiese convertido en un recuerdo. Seguramente este sistema jurídico debió haber sido muy especial, debió haber reunido importantes valores intrínsecos, para haber logrado crear una conciencia jurídica universal, que uniera a un vasto círculo de naciones como las que conformaron el Imperio. Naciones éstas que aceptaron y compartieron un conjunto de normas ordenadoras que fueron comunes a todos. Al punto que llegó inclusive a incorporar espiritualmente a la misma Germania, vencedora de Roma en los campos de batalla.

El secreto que permitió al derecho romano crecer y expandirse cuando era crucial que lo hiciese, fue el haber sabido negarse a sí mismo todos los días un poco, para incorporar dentro de su seno los principios más avanzados de los pueblos vecinos. El haber podido ir desprendiéndose de una pesada carga de toscas regulaciones primitivas, para flexibilizarse dando cabida a nuevas instituciones jurídicas fue -quizás- el innegable mérito que explica cómo pudo evolucionar primero, y subsistir después. Ello se logró merced a que los romanos supieron admitir, junto al derecho civil propio, un sistema jurídico paralelo, el *ius gentium*, que incorporaron a partir de la actividad de los magistrados jurisdiscentes, los pretores, por la vía del derecho honorario.

Merced entonces a este derecho honorario, los magistrados ya no tuvieron obligación de aplicar siempre la primitiva normativa del *ius civile*. Podían, cuando ello fuese menester y todas las

veces que fuere necesario, modificarla, satisfaciendo de esta manera las cambiantes necesidades de la sociedad romana siempre teniendo en vista el supremo interés social. No en vano Papiniano definió al derecho pretorio (33) como: “el que los pretores introdujeron para ayudar, o suplir, o corregir al derecho civil, en virtud de motivos de utilidad pública” (34).

Estas normas receptadas por los pretores, fundamentalmente el peregrino, constituyeron un cuerpo jurídico que formalmente era romano, si bien sustancialmente era universal. No obstante lo cual era de carácter, al menos en su origen, esencialmente provisional, dado que los pretores sucesivos no tenían obligación de aplicar los preceptos sancionados por sus antecesores. Esto sucedía solamente cuando ellos también las receptaban en sus propios edictos, y consecuentemente los observaban y hacían observar, con lo que adquirían valor como derecho estable, un valor similar al del británico “precedente”, reconocido y respetado por los jueces que debían resolver casos posteriores a aquél para el cual había sido creado.

Como se puede advertir de lo que llevo expuesto, en la evolución histórica del derecho inglés se dio un dualismo semejante al operado en Roma con el derecho civil y el honorario, con la aparición de la *equity* al lado del *common law*. Y por los mismos motivos: la necesidad de tutelar situaciones jurídicas nuevas no contempladas por el derecho común, o bien suministrar a supuestos originariamente abarcados por éste, soluciones nuevas y más equitativas.

Es un fenómeno realmente interesante advertir cómo, los juristas de dos pueblos notablemente diferentes y con siglos de intervalo recorrieron un camino similar de suerte que, aunque parezca paradójico, podría decirse de un magistrado romano que guardaba más similitudes con uno inglés que con su moderno sucesor italiano.

Uno y otro sistema rehuyeron sistemáticamente las generalizaciones y, cuando pudieron, las definiciones. Su método, el de ambos, ha sido esencialmente casuístico, interesa el “caso” a

(33) D. 1. 1. 7. 1.

(34) “Ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam”.

resolver y no el “principio” general aplicable. Principio general que, para romanos e ingleses, va a surgir a partir precisamente de la reiteración de casos singulares, el camino va de lo particular a lo universal. No fue ése, precisamente, el concepto de los pandectistas para quienes la ley era exactamente lo opuesto: una serie de reglas abstractas, de las cuales habían de deducirse las soluciones de los conflictos singulares que se presentaran. Conforme a este criterio, el derecho va de lo universal a lo particular, éste es el sistema que siguieron los países de Europa continental y que nosotros, pueblos de Latinoamérica, hemos heredado.

Si fuese cierto, como dicen algunos juristas, que las leyes de una nación consideradas en su evolución a lo largo de los siglos expresan el carácter de esa nación, bien podríamos sostener que romanos e ingleses son dos pueblos parecidos y muy distintos de otros, como los bizantinos por ejemplo. Ambas razas fueron más dadas a la acción que a la reflexión, ambas tuvieron grandes dotes para administrar, y sus habitantes supieron ser administrados. Ambas hicieron leyes, pero no solamente leyes sino también caminos en la tierra y en el mar, y supieron respetar esas leyes y utilizar sus caminos para forjar imperios. Incidentalmente el romano y el inglés han sido los dos grandes imperios de Occidente, en la Antigüedad el uno, en los tiempos modernos el segundo.

En ambas naciones se dio un dualismo entre la interpretación estricta de la ley y la interpretación equitativa. Dualismo que en Roma estuvo representado por el derecho honorario al lado del civil quirritario, y en Gran Bretaña por la *equity* al lado del *common law*. En ambos dualismos prevaleció la interpretación equitativa pero allí, diría, acaban las coincidencias.

Porque en Inglaterra el concepto de *equity* recorrió un largo e ininterrumpido camino, fijando y precisando su doctrina hasta configurar un sistema jurídico en sí mismo, organizado y asentado en la política de respeto al precedente judicial, y la interpretación analógica en casos similares. En cambio, el concepto de equidad romano permaneció siempre difuso, confinado principalmente al ámbito del edicto del pretor y a la solución jurisprudencial, de allí que su es-

trella comenzó a menguar, siendo sustituidos el empirismo y el casuismo originales por una clara tendencia a la universalización.

Porque el derecho romano no terminó con el edicto del pretor, ni lo hizo tampoco en el siglo de oro de la jurisprudencia clásica. Tampoco, huelga decirlo, fueron con exclusividad pretores y jurisconsultos las únicas fuentes de creación jurídica. Muy por el contrario, continuó evolucionando y cambiando su rumbo a medida que avanzaba, con lo cual llegó en la etapa de su vejez a la era de los principios universales, a los códigos y compilaciones generales pretendidamente inmutables. Recuérdese la prohibición de Justiniano de comentar o modificar de cualquier manera su *Corpus Iuris*.

El camino lo llevó pues, de lo singular a lo universal, hacia la norma abstracta, con la particularidad que las leyes que conformaban el *ius civile*, otrora surgidas de la voluntad popular expresada en los comicios, trocaron en normas emanadas de la voluntad imperial. Exactamente el camino inverso al seguido por los británicos.

Sucedió de esta manera, porque el edicto del pretor se cristalizó relativamente pronto en la historia del derecho romano, ya que el edicto perpetuo de Salvio Juliano data del 131 d J.C. Por otra parte, luego del siglo III de nuestra era, la ley de *Citas* que en el año 426 hicieron sancionar Teodosio II y Valentiniano III fijó un orden de precedencia entre los jurisconsultos, que congeló la actividad de éstos como fuente del derecho, si bien es cierto que dicha actividad ya era, en esa época, virtualmente nula. Desde entonces van a ser las constituciones imperiales, o los senadoconsultos con fuerza legal, los que ocupen el centro de la escena jurídica, que se sistematizarán a través de recopilaciones y codificaciones las cuales, por definición, son rígidas y difíciles de reformar.

Sin embargo valdría todavía poner de relieve una extraña particularidad, que nos permite advertir cuán difícil es prescindir de los orígenes, y cuánto condiciona el pasado la realidad del presente: la más célebre y rica entre estas compilaciones, el *Digesto* justiniano, es en gran parte una colección de “casos”, de resoluciones a problemas concretos ya fueren reales o imaginarios, y no

La acción publiciana y la extensión de los conceptos jurídicos

de principios y reglas generales, por más que de estos últimos encontremos buena cantidad entre los 9142 fragmentos que lo componen, especialmente en los títs. 16 y 17 del libro 50. Son casos cristalizados, dotados por la voluntad del príncipe de validez universal y aplicación forzosa en supuestos análogos. Pero casos al fin.

Pero en definitiva, el vehículo a través del cual los romanos introdujeron su solución equitativa para los conflictos, paralelo romano de la *equity* inglesa, fue el edicto del pretor. Tanto es así que el derecho honorario ha llegado a ser calificado en Gran Bretaña como “*la equity romana*”. El derecho honorario, cuya definición suministrada por Papiniano ya se ha mencionado, se ajusta perfectamente a aquélla.

Hay, no obstante, notables diferencias. Veamos las principales:

a) El derecho pretorio no era administrado por un tribunal distinto e independiente del de derecho común, como sucedía en Inglaterra con la corte del *Lord Chancellor*.

b) Si bien los pretores tenían la facultad jurisdicente y el *imperium* para hacer cumplir sus resoluciones, utilizaron dichas atribuciones no solamente en la órbita del derecho honorario por ellos creado, sino también en la del derecho civil. Ámbito este último del que, como se ha visto, fueron expresamente excluidos los tribunales ingleses de *equity* mientras existieron.

c) El pretor nunca llegó a elaborar, probablemente porque jamás le interesó, el concepto de “verdad real”, cuya consecución fue, por el contrario, el desvelo y la finalidad última de la *equity*.

d) Los pretores se internaron en campos no hollados por el *Chancellor*, como el de la sucesión *ab intestato*.

Parecería, en consecuencia, más fácil pensar al derecho pretorio como una serie de reformas al derecho común, realizadas por el medio muy ágil del edicto pretoriano anual, antes que un sistema jurídico independiente de aquél, como era el caso de la *equity* inglesa.

VII. La extensión de los conceptos jurídicos

En Roma, al igual que después sucedería en Inglaterra, se verificó una evolución de los conceptos jurídicos merced al recurso de otorgarles una mayor extensión, con lo cual éstos fueron recorriendo a partir de sus formulaciones originales, cuyo alcance era reducido y casi puntual, un largo camino que tendió a hacerlos cada vez más extensos, y aquí debo hacer una acotación ya que esta idea no es mía, sino que pertenece a mi padre, Olsen A. Ghirardi, mi primer y mayor maestro.

Afirmo rotundamente que este fenómeno de evolución, originado en la extensión de ciertos conceptos jurídicos, los que van a aparecer de este modo dotados de una clara vocación de universalidad, se encontraba ya en el seno del derecho romano, concretamente en el ámbito del derecho honorario. De la misma manera sucedió en el *common law* de los anglosajones, cuando en virtud del *stare decisis* los jueces fueron aplicando a situaciones nuevas los mismos criterios utilizados en fallos precedentes, ampliando su alcance y contenido. Veamos un ejemplo, el caso “*Donoghue c. Stevens*”.

El mismo se ventiló allá por el año 1932, y se trató de un juicio en el cual la actora, una viuda escocesa, promovió acción en contra de un fabricante de medicamentos, concretamente un jarabe, aduciendo haber sido intoxicada por el mismo. Se comprobó luego negligencia en el proceso de elaboración y envasado ya que, dentro de las botellas opacas en que el líquido era expendido, se encontraron caracoles muertos que lo habían contaminado. A raíz de ello el farmacéutico resultó condenado al pago de una indemnización.

Tenemos allí el precedente en base al cual, por la aplicación de los mismos principios a casos similares, los jueces elaboraron sin necesidad de leyes ni principios abstractos, toda una teoría de la responsabilidad civil, lo que hoy conocemos como “derecho de daños”. En donde:

- El damnificado podía ser no ya solamente una viuda escocesa, sino cualquier persona, de cualquier sexo, o cualquier estado civil.

- El daño no solamente debía producirse en el cuerpo físico de alguien, también se admitió que fuese en su psique.

- Igualmente en sus bienes.

- El responsable podía ser no solamente un fabricante de medicamentos, sino cualquiera que elaborase bebidas o alimentos, del tipo que fueren.

- No sólo el elaborador, sino también el que envasa o embotella todo tipo de productos.

- También quien manipula o produce cosas riesgosas o peligrosas.

- Sean todas estas sustancias para consumo humano o animal.

- Tampoco fue necesario que el objeto en cuestión tuviera el destino de ser consumido, bastaba que el fin fuera usarlo, emplearlo o manipularlo, de cualquier manera.

- Con lo cual el vehículo del daño pudo ser cualquier cosa.

- E igualmente su agente material también pudo ser cualquiera, no ya meramente caracoles muertos.

- En suma el tiempo podía ser cualquier tiempo, no ya específicamente 1932.

- El lugar, cualquier lugar, no solamente el de residencia de la víctima.

- Las lesiones causadas de cualquier tipo, no solamente físicas, y de cualquier gravedad.

- Ocasionadas por cualquier conducta, dolosa, culposa, o por lo que hoy denominamos "responsabilidad objetiva" del agente.

De donde, por aplicación analógica del caso referido, se pudo llegar a consagrar la responsabilidad del conductor de un automotor en un accidente de tránsito, o de un laboratorio por la producción de un medicamento, o de quien envasó inadecuadamente una sustancia explosiva o inflamable, o del constructor que al hacer una obra causó daños al inmueble vecino, e inclusi-

ve de una compañía aérea uno de cuyos aviones se precipita a tierra ocasionando víctimas. Todo porque una vez un juez británico resolvió indemnizar a una viuda escocesa, intoxicada por un jarabe contaminado con caracoles, y otros jueces resolviendo casos similares adoptaron análogo criterio.

Con lo cual llego al final, habiendo cerrado un círculo completo, para acabar donde comencé. ¿Cómo aparece la acción publiciana, y para qué?

Se origina en la necesidad de proteger al propietario bonitario, a la persona que no es dueña de algo, pero que cuenta a ese algo entre sus bienes. El propietario quirritario ya se encontraba tutelado desde un principio por la acción reivindicatoria, para el caso que el objeto que era de su propiedad le hubiese sido quitado. El titular bonitario no, y por consiguiente había que brindarle algún tipo de solución, para el caso que llegara a encontrarse en una situación similar.

El pretor se encargará de hacerlo. ¿Cómo? Extendiendo los conceptos jurídicos de la misma manera que un par de milenios más tarde hará el juez inglés. Al lado de la reivindicación, una acción *in ius*, va a crear la *actio publiciana*, una acción *in factum*, pero que tenía la misma finalidad de aquélla, proteger al dueño perjudicado, a cualquier dueño no solamente a quien lo fuese conforme el derecho civil.

Los magistrados romanos tuvieron entonces la facultad de extender los conceptos jurídicos para adaptarlos a situaciones nuevas que era menester solucionar, los *judges* británicos siguen haciéndolo. ¿Podría obrar de igual manera un juez argentino? - La respuesta es negativa, debe aplicar la ley existente, no crear otra al lado de ésta.

Prudentes, más que sabios, así se ha dicho más de una vez de los jurisconsultos romanos, y el mismo calificativo cabe a los tribunales anglosajones. Una de las manifestaciones de esta prudencia ha sido, precisamente, solucionar problemas nuevos extendiendo el alcance de los conceptos jurídicos pensados para supuestos anteriores, pero similares. El resultado fue en Roma, es ahora en Gran Bretaña, un derecho en constante evolución.

La persona jurídica en el derecho romano

Por Juan C. Palmero

1.1. El concepto de persona jurídica se encuentra influenciado o mejor dicho, condicionado por las circunstancias históricas sobre la cual se efectúa la indagación, premisa lógica que explica los inconvenientes que se advierte en la doctrina de todos los tiempos para obtener una concepción genérica, unitaria y definitiva del instituto en cuestión.

Por ello, el detenerse en cada una de las etapas de este largo proceso que abarca prácticamente dos mil años, permite distinguir lo que ellas aportan respecto de alguno de sus elementos esenciales que a la postre, nos permitirán llegar a una visión integral y en cierta manera conclusiva de la misma, en tanto el futuro no depare nuevas experiencias que exijan una revalorización de las conclusiones arribadas hasta este momento (1).

En este larguísimo recorrido, es posible advertir tres momentos de crisis –que se individualizan como situaciones de “historicidad expresiva”–, de los cuales surgirán los elementos o componentes con validez universal, en miras a la construcción de un concepto consolidado de la figura en cuestión, a saber: (i) el romano, de diferenciación o afirmación de su alteridad; (ii) el segundo –de la mitad del siglo XIX–, apunta al *factor genético*, y en particular, la función del Estado respecto a su nacimiento, producto del debate entre Savigny y Gierke; y (iii) y por último, en el siglo XX, el fenómeno del “asociacionismo moderno”, que desencadena el crecimiento exponencial de la especie societaria, con toda la problemática que gira alrededor y que obliga a considerar la perspectiva dinámica o funcional de la misma a través de la necesaria coherencia que debe existir, entre su sustrato de organización y el fin autónomo o común de la misma.

De ahí entonces que en este trabajo –expresa sólo una parte de un libro más extenso en pre-

paración–, nos ocupemos del período romano, embrionario o inicial, el que reviste una importancia significativa en la evolución definitiva de la persona colectiva, en razón que fue precisamente en Roma –más allá de las discusiones teóricas a este respecto–, donde se logra clarificar al menos una de sus notas o elementos distintivos y esenciales, al lograr concebirla como una *unidad o todo ideal abstracto*, con capacidad para generar *un centro referencial de relaciones –centro de imputación diferenciada*, según su moderna denominación–, absolutamente autónomo y separado de las personas físicas que la componen, las que juntamente con los bienes asignados al cumplimiento de un *fin colectivo, común o autónomo* –que por otra parte, no tiene nada que ver con la sumatoria o conjunción de los fines individuales de cada uno de los mismos–, se les reconoce un grado de aptitud para ser titular de derechos y deberes dentro de los límites de sus respectivos ministerios (objetos o finalidades).

El mérito incuestionable de los juristas romanos consiste en haber logrado a la finalización de su evolución histórica, establecer con toda claridad el “principio de diferenciación” o “alteridad”, en virtud del cual resulta factible generar una separación ideal absoluta entre aquello que pertenece a la *universalidad (universitas)*, de lo que corresponde a cada uno de sus componentes (*singoli*), a través del recorrido de un proceso de elaboración intelectual que subsume una *pluralidad fáctica*, en una *entidad unitaria* reconocida precisamente, en miras a la consecución del fin colectivo, común o autónomo.

Dicho de otra manera, si se analizara su evolución a través de los diversos tiempos en que ha desarrollado su actividad, parece claro afirmar que este período reviste el mérito de haber erguido o delineado los contornos de su figura de forma tal que

(1) GROSSI, Paolo, “Pagina Introduttiva”, “Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, 11/12 (1982/83), “Itinerari moderni della persona giuridica”, Ed. Giuffrè Editore Milano, 1983, Parte 1, t. I, ps. 1 y ss.

a partir de estas conclusiones, la diferenciación entre el ente ideal abstracto y sus componentes, aparece como una de sus características más significativas cuando se trata de describir sus rasgos esenciales y por ende, extensivos a todas y cada una de sus diversas especies (2).

Por otra parte y como ya los hemos dicho tantas veces, la temática de la personalidad siempre coloca a los intérpretes ante disyuntivas absolutas, como si se tratase de una suerte de “imperativo categórico” (3), porque no es posible encontrar una tercera alternativa o camino entre el ser y el no ser, disponer o no de la titularidad de derechos o deberes, generando la imposibilidad de quedarse a mitad de camino entre la persona colectiva y las personas humanas que forman parte de la misma, como si se tratase de un “*tersus genus*”.

Pero para llegar a esta primera conclusión, fue menester superar el escollo que pesaba desde la antigüedad en virtud del cual la persona humana (de carne y hueso) era considerada como la única o exclusiva titular de todas las relaciones jurídicas –*Hominum causa omne ius constitutum est* (D.1.5.2.) – (4), resultando en consecuencia inimaginable cualquier otro modo de comportamientos unificados de una pluralidad de individuos en virtud de procesos de abstracción o desmaterialización con relación a su sustrato, itinerario histórico que significó un gigantesco esfuerzo en su recorrido para llegar a ser legitimadas como sujetos de derecho.

Por último, no debe confundirse estos avances del derecho romano en torno al *principio de diferenciación* o aceptación de una unidad o centro ideal de imputación, con lo que constituye la persona jurídica en la actualidad, cuando parece haber finalizado o culminado el proceso evolutivo

con relación a los presupuestos jurídicos o fácticos (sustrato integrado por personas y bienes) en orden a la consecución de un *fin común* o *colectivo* o mejor, luego del reconocimiento de las sociedades unipersonales, de un *fin autónomo*.

Y este proceso –a nuestra manera de ver–, arrojó como resultado el haber clarificado el rasgo o elemento esencial necesario indefectiblemente para la construcción de un concepto unitario y moderno de personalidad, a la luz de todos los antecedentes y circunstancias que explicaremos en el desarrollo de esta temática.

1.2. Pretender extraer conclusiones absolutas a través del análisis de un período de tiempo tan prolongado como ocurrió con el Derecho Romano, exige una serie de aclaraciones y precisiones sin las cuales incurriríamos en una falta de precisión científica y al mismo tiempo, en graves errores de apreciación de una etapa tan rica y sugerente, si es que se la analiza desde la perspectiva o punto de vista de este trabajo.

De esta manera, entonces, lo primero que corresponde señalar es la necesidad imperiosa de distinguir los comienzos o génesis romanos de la persona jurídica, tal como se manifestaba en los primeros años, de lo que sucede con posterioridad, una vez transcurrido ese largo periplo de alrededor de setecientos años que se extiende desde la antigüedad, pasando luego por la clásica de la República, para concluir en la etapa Justineana con las últimas manifestaciones que experimentara la figura una vez asimiladas e incorporadas las diversas mutaciones y cambios advertidos como consecuencia de este larguísimo camino.

También es bueno destacar –dado los inconvenientes suscitados–, que muchas veces se ha

(2) BETTI, Emilio, “Istituzioni di Diritto Romano”, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1942, XX, 2ª ed., vol. I, pto. 43, p. 74: Alude y confirma que el problema del otorgamiento de la personalidad jurídica de las asociaciones fue el producto de un lento y fatigoso proceso de abstracción –o desmaterialización en el decir de Orestano–, como así de paciente elaboración doctrinaria. Al término del período clásico, es posible fácilmente advertir la independencia de la unidad e identidad permanente de la corporación, con respecto a una pluralidad en constante movimiento de sus miembros, llegándose de esta manera a establecer una clara diferenciación de las relaciones jurídicas cumplidas por la corporación, de las que se encuentran en cabeza de sus integrantes o componentes.

(3) PALMERO, Juan Carlos, “Las personas físicas y jurídicas como Sujetos de Derecho a fin de siglo”, publicado en “El Congreso Internacional sobre la persona y el derecho en el fin de siglo”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1996.

(4) HERMOGENIANO: D.1.5.2.: “*Hominum causa omne ius constitutum est*”.

utilizado a este derecho como una rica cantera para el hallazgo de precedentes capaces de justificación técnica a determinadas doctrinas o teorías sostenidas en la actualidad, situación que a ciertas apreciaciones y comentarios les hace perder objetividad, efectuándose esfuerzos hermenéuticos que llegan a soluciones muy diferentes de lo que acontecía realmente en ese momento respecto del instituto en cuestión.

Por último, no debe dejar de considerarse el pragmatismo que caracterizara a los juristas de este tiempo, bastante alejados de cualquier propensión a las especulaciones o elucubraciones de orden teórico y en cambio, se ocupaban más bien de brindar respuestas a distintas manifestaciones de la vida social y económica a las cuales el derecho precisaba explicar y justificar de alguna manera, sin partir de ninguna construcción teórica o basarse en doctrinas propias de una lógica o doctrina consolidada.

De ahí entonces que el método romano se muestre como claramente “inductivo”, en el sentido que los jurisconsultos fueron analizando caso por caso, contemplando las peculiaridades propias de cada situación, dando salida a sus requerimientos prácticos –porque no debe perderse de vista que las distintas manifestaciones de la subjetividad colectiva emanan de la propia realidad–, como así su permanente afán de aunar esfuerzos en orden a la consecución de fines comunes válidos para cada uno de sus componentes.

Desde este punto de vista no nos cabe hesitación alguna que los rasgos finales con que se termina reconociendo durante el Imperio la “diferenciación”, “alteridad” y “autonomía” de la *universitas*, con relación a sus miembros o personas humanas que las integran, fue más el resultado de una tarea gradual y cumplida sobre casos particulares muy semejantes el uno con el otro, que una especulación de orden teórico o doctrinario con el propósito de intentar definir los componentes esenciales de este instituto como parte de una “teoría general de la personalidad”.

La practicidad de los romanos demuestra una vez más, la posibilidad de tomar como punto de partida las necesidades y reclamos de la comunidad, en la imperiosa tarea de dar respuesta a los problemas de los comportamientos colectivos, para llegar al logro o hallazgo de soluciones concretas y específicas y a partir de ellas, ir elaborando una serie de conclusiones por semejanza, necesidad o analogía, pero en definitiva, establecer una suerte de generalización de una nueva manifestación de subjetividad colectiva en el derecho privado de ese tiempo.

La obra del Pretor, a través de la recopilación de las más diversas soluciones adoptadas por la jurisprudencia, se convierte en el instrumento imprescindible para delinear los perfiles y límites propios del instituto y de esta manera resulta factible apreciar fácilmente la influencia recíproca que tuvieron entre sí las distintas especies de actuación colectiva, sobre otras manifestaciones de contenidos y comportamientos semejantes, de forma tal que a la postre de este camino, arrojaron claridad respecto la factibilidad acerca de la existencia de una *unidad ideal*, como *centro referencial de relaciones jurídicas*, o según la terminología actual, como *centro de imputación diferenciada*, dotada de patrimonio y capacidad para ser titular de derechos y obligaciones completamente independiente y separada de sus integrantes y como expresión de un conjunto de personas en miras a la consecución de una finalidad común o autónoma.

Por otra parte, no debe dejarse de considerar, que la rigidez o dificultad para encontrar modos o formas de abstracción, son rasgos propios de los derechos primitivos, los que cuanto más próximos se encuentren a sus inicios culturales, mayores serán las dificultades para superar estos inconvenientes por la falta o carencia de las categorías lógicas, como así igualmente de las herramientas que brinda el cientificismo moderno. Recuérdese en este sentido, la nota de Vélez Sarsfield al art. 973 cuando se refiere al principio de “libertad de las formas” (5) respecto de las manifestaciones de voluntad, donde alude a este mismo e idéntico problema.

(5) Código Civil argentino, nota al art. 973, Mackeldey, parág. 165. A su vez, con cita de ORTOLAN, dice textualmente: “El número y calidad de las personas auxiliares que deben concurrir al acto jurídico (como en algunos casos el defensor de menores) el tiempo y el lugar en que debe verificarse, los escritos u otros medios a propósito para conservar la memoria. Todos estos elementos se hallan comprendidos en la idea de la forma. Entre los

La experiencia romana resulta entonces por demás útil, porque de alguna manera demuestra la tendencia inversa a la seguida por algunas corrientes de pensamiento actual, como sucede con los *negativistas*, que utilizando como punto de partida un concepto sesgado de la persona jurídica, inferido de la “Teoría pura del derecho” de Hans Kelsen que les provee y facilita las posibilidades de desarrollo de las ciencias normativas, ello no obstante ha evolucionado en sentido contrario hacia una suerte de *escepticismo crítico* que *ab initio*, imposibilita concebir un sistema general de personalidad colectiva con la plasticidad hermenéutica suficiente como para abarcar a todo el espectro, manifestaciones o especies de subjetividad a través de las cuales se expresa el fenómeno del “asociacionismo moderno” (6).

Con estas advertencias en claro, conscientes de la dificultad de la tarea, como así de la existencia de una significativa dispersión de opiniones o criterios disímiles, es que intentaremos describir los rasgos más sobresalientes de esta evolución, de forma tal que a través de una perspectiva dotada de suficiente amplitud histórica, sea factible arrojar luz sobre aquellos aspectos esenciales y por ende universales, con entidad suficiente para tener siempre en claro

los elementos estructurales y constitutivos del instituto.

Tampoco hay que pensar que los romanos llegaron a descubrir una “teoría de la personalidad colectiva” en igualdad de condiciones a como nos las brinda los postulados científicos de nuestros días (7), lo que obviamente no fue posible de ninguna manera, pero ello no obsta a que ese proceso de transformación y subsunción desde lo plural y diverso, hacia un todo ideal y unitario, cabe la posibilidad de encontrar esos rasgos permanentes y necesarios que estamos buscando en orden a lograr un concepto unitario de la personalidad colectiva.

Es más, tal como se verá seguidamente cuando avancemos en la consideración específica de las distintas manifestaciones de comportamientos colectivos durante este período, la asignación y reconocimiento de elementos constitutivos se fue dando en forma sucesiva, luego de haberla considerado como un centro de referencia o imputación de relaciones jurídicas diferenciada, para recién en un segundo momento, asignarle la posibilidad de disponer de un patrimonio, bienes propios y capacidad o aptitud para ser titular de derechos y deberes, realizar contratos, demandar y ser demandados, recibir herencias y legados, manumi-

actos jurídicos, unos tienen una forma rigurosamente establecida, de la que toman su validez, y fuera de la cual no existen. Las prescripciones de la ley pueden recaer sobre tal o cual elemento constitutivo de la forma, o sobre muchos de ellos, o sobre todos a un tiempo. Otros actos no exigen para su existencia, ninguna forma especialmente prescripta, con tal que se hayan verificado y que puedan justificarse. ... Los progresos de la civilización, agrega, espiritualizan las instituciones, las desprenden de la materia, y las trasladan al dominio de la inteligencia” Estas palabras de ORTOLAN, recordadas por nuestro Codificador, parecen escritas con especial dedicación para la explicación del proceso histórico transcurrido por la persona jurídica a través de la evolución del Derecho Romano, ya que implican justamente un traslado desde la materialidad en una etapa primitiva, hacia la espiritualidad luego de acceder a una situación de desarrollo cultural superior.

(6) PALMERO, Juan Carlos, “Unificación y armonización de la legislación latinoamericana en el campo de las empresas multinacionales”, trabajo presentado ante UNIDROIT y publicado por RDCO, Ed. Depalma, nro. 10, p. 365.

(7) ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, “Istituzioni di Diritto Romano”, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Mezzocannone, 109, 1937-XV, Quarta Edizione Riveduta e Aggiornata, p. 69. Sostiene el autor que el concepto de corporación se desenvuelve en forma fatigosa a través de una concepción elemental y particularista según la cual los derechos y las obligaciones del grupo serían parcialmente derechos y obligaciones de cada uno de sus componentes, es decir, se debatieron frente a una imposibilidad técnica de llegar a la abstracción unificatoria capaz de diferenciar al ente, respecto de sus integrantes. A su vez, se explica con toda claridad, que los romanos no lograron una terminología uniforme, ni menos aún un reglamento práctico que se refiera a todas las corporaciones, como serían el *populus romanus*, *i municipia*, *le coloniae*, *i collegia* o *sodalitates*, o sea y para expresarnos en terminología moderna, no lograron construir una “teoría general de la persona jurídica” capaz de abarcar dentro de una concepción general cada una de las manifestaciones o especies que ofrecía para ese entonces esta figura. Esta apreciación de la evolución del concepto de persona jurídica en el derecho romano, resulta compartida con el resto de los autores que se han ocupado del tema de manera en particular, como ORESTANO, ALBERTARIO, SAVIGNY etc. etc.

tir esclavos **(8)**, todo lo que nos demuestra con la claridad de un laboratorio, el modo gradual y progresivo con que se fue delineando los perfiles actuales de la figura en cuestión.

1.3. Otro de los inconvenientes que ofrece el estudio de este instituto en la etapa que estamos considerando, está vinculado con las imprecisiones y hasta contradicciones **(9)** que se advierten entre las distintas épocas de su evolución histórica y de una manera especial, cuando sus textos son utilizados como argumentos para encontrarle explicación o pruebas corroborantes de posiciones científicas posteriores, con lo cual no sólo se saca de contexto el sentido y alcance de una determinada solución, sino lo que resulta más grave aún, hasta dieron lugar a interlineados o agregados por anotadores o glosadores que quizás desvirtuaron sustancialmente el sentido o alcance originario de tales soluciones con relación a su concreción inicial romana.

El considerar situaciones unificantes trasladando su significación técnica a otras circunstancias del período temporal y cronológico en que existieron, conforma un serio problema cuando se trata de establecer un desarrollo completo de la evolución de la figura a través de las diversas etapas de su conformación institucional mediante el recorrido de las diversas circunstancias que tuvo que atravesar hasta alcanzar su meta final.

El ejemplo más claro en este sentido, se da en los supuestos donde determinadas *situaciones* o *lugares*, como ocurre verbigracia con el templo

(*templum*) o con el peculio (*peculiae*) son objeto de atribución de relaciones jurídicas en particular y juristas de nuestros tiempos terminan asignándoles otras significaciones, es decir, se pasa de un concepto *objetivo* o meramente *material*, a otra categoría lógicamente propia del sujeto de derecho que conforma un sistema completamente diferente.

Dentro de todas las dificultades que se deben abordar, merece mencionarse también y como una complicación adicional, la escasez de fuentes jurídicas, especialmente en lo que se refiere a senadoconsultos y constituciones imperiales, unidas a una terminología oscura, imprecisa y hasta muchas veces contradictoria, todo lo que suma impedimentos para la obtención de precisiones científicas consolidadas. Muchos más todavía cuando por diversas razones que no es el caso mencionar, no podemos acceder a una bibliografía europea amplísima que demuestra la riqueza cultural de estas elucubraciones.

1.4. A renglón seguido de estas advertencias iniciales, relacionadas con el campo de investigación, como así de los inconvenientes que ofrecen la maraña de argumentaciones existentes en torno a este problema y que se acrecientan según la especie de persona jurídica de que se trate, lo cierto es que el Estado fue el primer modo de comportamiento colectivo admitido por el Derecho Romano que en los comienzos de su evolución, **(10)** abarcaba prácticamente la totalidad de las manifestaciones posibles de la figura.

(8) ÁLVAREZ SUÁREZ, U., "Algunas observaciones sobre el problema de las personas sociales", en *Escritos en Homenaje al Profesor Pietro Castro*, Madrid, 1970, vol. 7, p. 18. Por cita de BLANCH NOUGUÉS, ob. cit., nota 8, p. 22.

(9) BLANCH NOUGUÉS, José M. - FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio (dir.), "Régimen jurídico de las fundaciones en derecho romano", *Colección Monografías de Derecho Romano*, Ed. Dikynson SL, Meléndez Valdés, 61, Madrid.

(10) DE ROBERTIS, M., "Il Diritto Associativo Romano", Ed. Bari, Gius. Laterza e Figli 1938-XVI. El trabajo revisa la importancia porque describe con total prolijidad el fenómeno asociativo y el estado de las diversas manifestaciones que se configuraron en Roma, desde los orígenes, y a través del Senado Consulto del 64 a Cristo, la Ley Clodia del 58 a.C., el Senado Consulto del 56 a. C., la Ley Licinia del 55 a. C hasta la Lex Iulia del 24 a.C., dictada por el Emperador Augusto, que deja en claro de manera indiscutible la vigencia irrestricta del "principio de libertad corporativa" que gozaron los romanos durante esta etapa de su historia. Es indispensable advertir, como dato relevante para lo que será luego la discusión decimonónica en torno al modo con que tiene nacimiento una persona jurídica, porque el hecho que el Estado haya reivindicado para sí la potestad de contralor de su constitución, de ninguna manera modifica esta natural permanencia de las agrupaciones de personas que conforman el derecho asociativo, el que no depende de otra circunstancia que no sea el instinto gregario y la naturaleza social de la persona humana. En definitiva, no hay que confundir contralor, con sustancia o reservar al Estado una suerte de hegemonía genética absoluta del instituto. El fenómeno asociativo aparece de manera espontánea en todas las sociedades humanas, y su validez y vigencia –a semejanza de lo que ocurre con la perso-

El Estado no era otra cosa que el llamado *populus romanus*, que subsumía detrás de su personalidad colectiva todas y cada una de las funciones derivadas del ejercicio propio de su imperio y soberanía, como así igualmente, cualquier acto o manifestación de voluntad que efectuara respecto a lo que constituían sus bienes patrimoniales, de forma tal que resultaba absolutamente imposible diferenciar cuando actuaba de una u otra manera, porque siempre era la misma entidad bajo las reglas y disposiciones del Derecho Público. Dicho de otra manera, sus potestades e *imperium* alcanzaban tal amplitud, que quedaba absolutamente excluido de cualquier sujeción a las normas propias o atinentes al derecho común.

Para ese entonces era inconcebible que el *populus romanus* pudiera someterse a las reglas del *ius privatorum*, porque sólo disponía de una manera de expresarse y esto ocurría a no dudar, con el ejercicio mismo de las atribuciones derivadas del mando y de la soberanía, circunstancias que imposibilitaban la distinción actual de cuando actúa como persona de derecho público, o en los supuestos donde lo hace dentro del ámbito del derecho privado.

Era tan fuerte su presencia con relación a cualquier otro tipo de subjetividad, que toda actuación o relación que desarrollara, lo era siempre desde situaciones nacidas en el ejercicio de facultades o potestades propias o inherentes a su carácter público, o sea dentro del universo de las relaciones de poder que impedían básicamente la aplicación del *ius privatorum*.

Pero el Estado romano tenía a su vez otras manifestaciones de entidades colectivas, tal como ocurría desde sus orígenes con los llamados co-

llegia, que si bien se diferenciaban en cierto sentido del *populus romanus*, no por ello llegaban a ser considerados como personas o sujetos de carácter privado, sino más bien constituían derivaciones o ramificaciones que instrumentaban aspectos colaterales de la administración central, como ocurría con las organización que tenían a su cargo todo lo atinente a las cuestiones religiosas del mismo.

De ahí entonces que los *collegia*, *colegios religiosos*, integrados por sacerdotes, pontífices o feciales, al igual que los *colegios judiciales* o las antiguas corporaciones, revestían todas idéntica naturaleza pública, por lo que su distinción aporta poco a este proceso, salvo la clarificación de esta primer observación objetiva en el sentido que las exteriorizaciones de personalidad jurídica en los comienzos de Roma estuvo absorbida totalmente por el Estado en sus diversas especies o maneras de expresarse, de forma tal que resultaba completamente desconocida la posibilidad de actuar conforme otro derecho cualquiera hubiese sido la clase de la relación entablada. Igual situación correspondía asignarles a otras expresiones de colectividades públicas, tales como las *colonia*, *civitas* y los *municipum* (11).

Es muy interesante este antecedente ya que el Estado o la República desempeñó el papel de arquetipo, modelo, punto de referencia o emulación para la conformación o desarrollo de las construcciones posteriores de la figura –según la conocida fórmula de *ad exemplum republicae...tamquam in re publicae* (12)–, la que estará siempre centrada sobre este dato inicial, en el sentido que no existió personas jurídicas privadas en la génesis misma de la personalidad romana (13).

na humana–, acaece espontáneamente más allá de lo que digan las leyes y en no pocas ocasiones, se abren camino contrariando al derecho de su tiempo tal como ocurriera con las sociedades de hecho o irregulares que concluyeron su evolución formando parte del estatuto general.

(11) SCALFI, Gianguido, “Persone giuridiche”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Istituto Dell’a Enciclopedia Italiana, Giuffré editore, t. XXIII, punto 2, Cenni storici, 2.1. Con cita de Albertario fundamenta su afirmación en los siguientes textos: Paolo, D. 41, 2, 1, 22; Ulpiano: D. 10, 4, 7, 3; D. 41, 2, 2, 1, 2; Epit. 22, 5., refiriendo a su vez al debate en torno a si estos entes podían usucapir o suceder mortis causa.

(12) D. 3, 4, 1.1.

(13) BETTI, Emilio, “Istituzioni di Diritto Romano”, ob. cit. nota 2, vol. I, parág. 44, p. 76. Destaca los grados de capacidad que alcanzaron las diversas especies de entidades colectivas que existieron en Roma a) ciertas corporaciones de arte o servicios (pistores) o (vincularii); b) los *collegia* con finalidades religiosas o de culto a determinadas divinidades; c) las *sodalitates*, que tenían una finalidad convivencial y d) las sociedades comerciales: *societas publicanorum*, *aurifodinarum* etc. De esta manera, el *populus romanus*, dispuso siempre de la más

1.5. Como dijimos en otra oportunidad (14), Roma en sus inicios era sólo una ciudad, que terminó conquistando el mundo. Sin embargo, los primeros éxitos de esta epopeya se lograron sobre una serie de ciudades fortificadas dentro del propio territorio de la actual Italia, triunfos que implicaban en los hechos, el sometimiento completo de los municipios que las gobernaban hasta ese momento.

Cuando se realizaron las conquistas romanas (15), estas comunas (*municipium*) perdieron las facultades de mando o ejercicio de su gobierno, pero esa dominación política no les impedía continuar administrando sus patrimonios y por lo tanto, disponer de la aptitud necesaria para la realización de diversos actos jurídicos bajo la regulación de las normas propias del derecho privado (*ius privatorum*).

De esta manera entonces, su situación jurídica experimentó –como consecuencia directa del sometimiento militar–, una verdadera bifurcación o escisión de su naturaleza pública, al perder ahora este carácter en lo que hace a sus facultades de *imperium*, pero conservando al mismo tiempo su identidad para continuar celebrando negocios como titulares de un patrimonio, el que obviamente no pertenecía a cada uno de los súbditos, sino al ente ideal o persona jurídica municipio (16).

La separación institucional de estas dos funciones obligó a los jurisconsultos clarificar si realmente estaban facultadas o disponían de aptitud jurídica para la toma de estas decisiones, las que fueron legitimadas sin mayores inconvenientes por tratarse de actos regidos por el derecho común o privado (*ius privatorum*) y conformar una unidad ideal o ente unitario como titular de los derechos y obligaciones correspondientes.

Los ejemplos señalados precedentemente, tuvieron la virtud de hacer ingresar al campo propio de las relaciones regidas por el *ius civilis*, los actos o negocios celebrados por los Municipios que se encontraban en esta situación, reconociéndolos como personalidad colectiva, lo que antes resultaba absolutamente extraño para el *Populus romanus*.

2. Período antiguo y clásico: Con estos antecedentes en claro, lo primero que corresponde señalar es que los romanos no lograron construir acabadamente una “teoría general de la persona jurídica” ni menos aún, alcanzaron a desarrollar un concepto unitario como sujeto de derecho capaz de abarcar conceptualmente a todas las especies; es más, ni siquiera entendieron de manera absoluta la significación de persona en general, conforme su apreciación actual (17).

amplia capacidad plena e ilimitada, tanto para los actos de derecho público, como así los que correspondían al derecho privado, sin que se reconociese que quedaba sometida a este ordenamiento; la civitates, en principio tenían capacidad para las relaciones patrimoniales, y recién obtiene su reconocimiento completo a través de la legislación imperial; e) Las corporazioni private, se les reconoce la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, pero tienen algunas limitaciones como el principio civil de inadmisibilidad de la representación.

(14) PALMERO, Juan Carlos, “El daño involuntario”, Ed. Astrea, 1973, p. 58.

(15) BARCIA LÓPEZ, Arturo, “Las Personas Jurídicas. Su responsabilidad civil por actos ilícitos”, Ed. Valerio Abeledo Editor - Librería Jurídica. Buenos Aires, 1922, p. 12, con prólogo de Henri CAPITANT. Explica el autor con mucha prolijidad este proceso por el cual los municipios de las ciudades italianas que fueron siendo dominadas por los romanos, perdieron sus atribuciones soberanas propias del imperium, pero conservaron la aptitud para ser titular de derechos y deberes dentro de la esfera del “ius privorum”.

(16) ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, “Instituciones de Derecho Romano”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, cap. 11, p. 77. Formula el autor una descripción respecto de la evolución de la capacidad para transformarse en un centro de referimiento de derechos y obligaciones de aquellos municipios que al haber sido conquistados por Roma, quedaron privados de su soberanía o imperium, pero no así de su capacidad para el ejercicio de las relaciones jurídicas patrimoniales dentro del amplio campo del “ius privorum”, situación que conformó uno de las primeras manifestaciones de esta suerte de embrión de lo que sería después el instituto de la persona jurídica en el derecho moderno.

(17) VON MAYR, Robert, “Historia del Derecho Romano”, traducción de Wenceslao ROCES, Ed. Labor S. A., Barcelona - Buenos Aires, t. II, p. 39. Confirma el autor que el derecho clásico no llegó a construir esta figura de la persona jurídica con carácter general, aun considerando diversos manifestaciones de esta subjetividad colectiva, como las fundaciones, la sociedad, el fisco etc. etc., todo ello en razón de la falta de posibilidad de sus juristas para efectuar un juicio de abstracción o coherencia de forma tal que elementos diferentes y asilados en-

Es bien sabido por ejemplo, en lo que respecta a la especie sociedad (*societas*), tampoco alcanzaron a reconocerla como sujeto de derecho diferente de sus componentes socios (18), ya que la actuación debía imputarse en todo supuesto a la persona humana contratante, aunque lo hiciese invocando el nombre de la sociedad, cuyos únicos efectos se reflejaban hacia su proyección interna, pero nunca respecto de los terceros (19).

En estos casos la relación resultaba en cabeza de quien había celebrado el acto, sin perjuicio que con posterioridad debiera rendir cuenta a sus socios, pero como un momento posterior y conforme a una prolongación hacia adentro de sus efectos.

Por el contrario, cuando se trató de las asociaciones (*corpus o universitas*), al final del proceso evolutivo se llegó a establecer con toda claridad las diferencias que existían entre la entidad considerada individualmente con relación a sus componentes, de forma tal y como lo expre-

sa Florentino en su conocido párrafo de D. 46.1.22., “lo que pertenece o es de la universalidad, no lo es de las personas individuales” (“*quod est universitates, non est singulorum*”).

En el caso de la fundación, existe un amplio debate en torno a si una “*universitates rerum*” llegaba o no a conformar un centro de referimiento unitario, lo que diera lugar a importantes discusiones entre los romanistas que se ocuparon de esta cuestión, con opiniones divididas a este respecto (20).

2.1. A la luz de los comentarios precedentes, cabe destacar que la personalidad era considerada como una máscara, que según se ha dicho, venía a cubrir determinadas realidades personales o sociales, prueba de ello es que no todos los seres humanos eran considerados dentro de esta categoría, tal como lo demuestra la amplia gama de esclavos y siervos que no llegaron nunca a adquirir este estado jurídico según el *ius civilis*.

La construcción del concepto de persona jurídica, como sujeto de derecho dotado de (21) ca-

tre si, fuesen capaces de ser reconocidos como una unidad ideal a los efectos de poder referirle facultades y deberes de orden patrimonial. En una palabra, reconocer un ente diverso de sus componentes. Por otra parte, pone de relieve que el concepto de personalidad deviene necesariamente del derecho público o municipal, antes que del *ius privatorum*.

(18) PEÑA GUZMÁN, Luis A. – ARGUELLO, Luis R., “Derecho Romano”, Ed. TEA, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1966, t. I. Se trae a consideración la existencia de la *societas publicanorum* o *vectigalium*, que estuvieron formadas por personas encargadas de recaudar fondos, explotar minas o realizar obras públicas. Estos emprendimientos o empresas industriales conservaron el nombre antiguo de *societates*, pero adquirieron la personalidad propia de las asociaciones, aunque nunca ingresaron en el campo del *ius privatorum*. En cambio la *societas*, cumplió un proceso de desarrollo histórico limitado, sin llegar a conformar un sujeto de derecho independiente.

(19) BETTI, Emilio, “Istituzioni di Diritto Romano”, ob. cit., nota 2, vol. I, parág. 44, p. 77. En el caso de las actualmente reconocidas como fundación, o sea una universalidad de bienes destinados a un fin generalmente altruista o de beneficio social, no se logró construirla con independencia o autonomía institucional, aunque no se trató de una opinión compartida por todos. Ello no obstante, se utilizaba la entrega de los bienes en donación a una persona capaz, a la cual se le imponía un cargo o modo del cumplimiento del fin propuesto por quien entregaba los bienes, algo así como una suerte de negocio indirecto.

(20) BLANCH NOUGUÉS, José M., “Régimen jurídico de las fundaciones en derecho romano”, ob. cit., nota 8; ALBERTARIO, Emilio, “Studi di Diritto Romano”, Antonio Giuffrè Editore, Milano 1933, XI, vol. Primo, p. 120; GARCÍA GARRIDO, Manuel, “Derecho Romano. Acciones-Casos-Instituciones”, Ed. Dykison, Madrid, 1989, reimpresión 4ª ed. reformada, nro. 42, p. 155. ORESTANO, “Il problema de la fondazione in diritto romano”, Ed. Litografica Torino, 1959.

(21) FLORENTINO: D. 46.1.22. Lo que es de la universalidad, no es de sus integrantes. “*Quod est universitates non est singulorum*”; En igual sentido: ULPIANO: D. 2.4.10 (fs. 10 & 4, L II, tít. IV): “El manumitido por alguna corporación, colegio o ciudad, puede citar a juicio a los miembros individuales (singulos) porque no es libre de ellos sino de la República o de la comunidad, pero si quiere litigar contra esta última, debe pedir la venia al Estado”. También en: D.3.4.2. (fr. 2, 43 III, tít. IV) “Los individuos de un municipio o alguna corporación nombradas representantes para ejercer la acción, no se dirá que debe considerarse como nombrado por muchas personas, pues éste interviene por la república o corporación y no por cada uno en particular”; Ídem: D. 3.4.7.1. (fr & 1 Libro III, tít. IV): “Si algo se debiera a una corporación no se le debe a cada uno de sus individuos,

pacidad y propios atributos, fue una elaboración técnica muy posterior y por lo tanto, no corresponde atribuirse de modo directo a los romanos, circunstancia que debería tenerse muy en cuenta cuando alguna literatura actual trata de acordarle significación a numerosos fragmentos del Digesto y otras manifestaciones de este derecho sin ningún tipo de reparos, cuando se pretende transpolar sus contenidos a tiempos muy distantes entre sí o también, respecto de la cultura y evolución de las ciencias normativas en este sentido.

Cabe no obstante traer a colación el pensamiento de Orestano (22), quien señala con innegable claridad los alcances de estas aseveraciones, afirmando: “es verdad que los romanos no conocieron una teoría de la personalidad jurídica, pero es falso si se quiere significar con ello que no encontraron soluciones a muchas de las situaciones que según la experiencia moderna, vienen conceptualizadas a través de esta figura”, pensamiento que a nuestra manera de ver, resume con claridad y precisión todo este debate respecto de la cuestión acerca de la consideración en torno a dilucidar si llegó la oportunidad de elaborar una construcción general de la personalidad colectiva.

Dicho de otra manera, el largo proceso que se desarrolla desde los comienzos de su existencia

y hasta las postrimerías de su proceso histórico, brindó un cúmulo de soluciones y respuestas análogas a muchas de las situaciones que en el derecho moderno encuentran cabida dentro de la concepción actual de la persona jurídica, aunque obviamente, con significaciones muy diferentes.

2.2. Los romanos actuaron de manera absolutamente pragmática (23), brindando soluciones conforme los problemas que planteaban diversas situaciones unificantes, de forma tal que a medida que avanzaba el proceso evolutivo, se reconocían facultades específicas a situaciones puntuales de muy distinto orden, como ocurría verbigracia, con la posibilidad de ser propietario de un patrimonio o bienes de cualquier tipo, poseerlos, usucapirlos, comparecer a un juicio, contestar o entablar demandas y así sucesivamente, según los requerimientos que presentaba la realidad pero lo que debe quedar suficientemente en claro, es que en ningún momento pretendieron conformar los supuestos condicionantes para la elaboración de una construcción autónoma y general (24) de la personalidad jurídica sobre los presupuestos de una lógica científica o simplemente unitaria.

De esta manera, especialmente durante la República, las situaciones unificantes se fueron resolviendo claramente en forma aislada, caso

ni lo que debe la corporación lo adeuda cada uno de ellos” (Si cui universitati debetur singulorum debetur, nec quod debet universitatis singuli debent). Ambos textos de ULPIANO están referidos obviamente a la “Res pública” considerada como una unidad diferente de sus ciudadanos, situaciones unificantes a través de las cuales se advierte con toda claridad la vigencia del “principio de diferenciación” o “alteridad”. Por último, también MARCIANO: D. 1.8.6.1 (Inst. Lib.III, Fr. 6 &1, tít. VIII, Libro I) “Son de la comunidad y no de los particulares los teatros que hay en las ciudades, los estadios etc. Etc.” (Universitatis sunt, non singulorum) (Servus communis civitatis singulorum pro parte inter igitur, sed univesitatis).

(22) ORESTANO, R., “Il ‘problema delle persone giuridiche’ in diritto romano”, Torino, 1968, vol. I, p. 81.

(23) IMPALLOMENI, Giambattista, voz: persona giuridica: Diritto Romano: “Novissimo Digesto Italiano”, vol. X, p. 1029. Sostiene el autor que durante todo el derecho clásico, no parece que se haya reconocido ningún patrimonio autónomo, sin embargo desde una perspectiva teórica, era a veces reconocido como perteneciente a un sujeto, aunque privado de la posibilidad de disponer a su arbitrio. Esta etapa evolutiva del derecho romano, llegó a admitir la destinación de un patrimonio para el culto de una divinidad.

(24) GALGANO, Francesco, “Commentario del Codice Civile Scialoja - Branca”, bajo la supervisión (a cura) de Francesco Galgano: Art. 11-35. Zanichelli Editore Bologna 2006 Soc. Ed. Del Foro Italiano, Libro Primo, Delle Persone e Della Famiglia. Dice el autor que del estudio de algunos textos que se dictaron en la época clásica, no cabe ninguna duda que encontraron con toda claridad el “principio de diferenciación” o “alteridad”, en cuanto nadie puede dudar que las deudas de la universalidad, no lo eran la de sus componentes. A su vez, a la pregunta que se formulan los científicos de nuestros días, acerca de si en el Derecho Romano Clásico, se había conocido la figura tal como hoy concebimos a la persona jurídica, se debe dar una respuesta afirmativa. “porque habían conseguido la formulación de una disciplina del grupo correspondiente a aquellas que hoy nosotros resumimos en la noción de persona jurídica, aunque ello no implicara la elaboración de un “centro autónomo de derechos y obligaciones”, pero si de un “centro autónomo de referencias de derechos y obligaciones”.

por caso, sin que por ello diere lugar a una elaboración técnica o derivada de determinadas construcciones científicas o de lógica general.

En otro sentido, –es bueno ponerlo de relieve, por la importancia que tiene como punto de partida de una evolución técnica posterior–, no toda atribución de derechos estaba imputada a sujetos, sino que también –como se ha dicho–, podían ser referidos a lugares y cosas, sin que por ello fuese menester ubicarlos a partir de un contexto de subjetividad o a través de una consideración formulada dentro del marco del sujeto de derecho.

La vinculación de la titularidad de facultades o derechos, imputables sólo a manifestaciones de base subjetivas o personales, no se compadece exactamente con la experiencia romana de entonces, que concebía la posibilidad de hacerlo sobre situaciones *objetivas* o *materiales*, pues resultaba factible reconocerlas fuera del contexto de una concepción unitaria atribuible a un sujeto individual, como sucede con los lugares o las cosas.

De estos mecanismos atributivos de derechos visualizados desde esta perspectiva *objetivista*, surgía la circunstancia que un determinado conjunto o colectividad de elementos materiales, no era necesariamente catalogados como supuesto único, sino por el contrario y tal como ocurría con los *municipium*, *colonia*, *civitatis*, resultaban reconocidos a través de la *materialidad* de su territorio, o de las construcciones que les pertenecían; en igual sentido, el *templum* y otros edificios sagrados, estaban legitimados en función de su emplazamiento o ubicación geográfica, antes que por el sustrato personal que los integran.

A la luz de las corrientes pandectísticas del siglo diecinueve, parece difícil que pudieran comprender la existencia de relaciones jurídicas separadas o al margen del protagonismo necesario y absoluto de una persona humana o jurídica como titular, lo que significaba el desencadenamiento de una verdadera crisis para la teoría general en cuanto su repercusión sobre el concepto mismo de *derecho subjetivo*, –pues de alguna manera importaba la admisibilidad de derechos

sin sujetos–, situaciones que como se advertirá, resultaban de difícil entendimiento si se pretendía una traspolación de sus conceptos a circunstancias ubicadas muchos siglos después de la evolución científica de tales institutos.

En definitiva, la atribución o referencia de relaciones jurídicas tanto a situaciones unificantes compuestas por un conjunto de personas, como así las que respondían como pertenecientes a bienes o lugares, conformaron una base fáctica-legal tanto de orden *subjetivo* como *objetivo*, que no se compadece en absoluto con el derecho contemporáneo, circunstancia que debe ponerse de resalto para apreciar en su justa dimensión, la singularidad que ofrece esta etapa particular que estamos considerando del derecho romano, respecto de sus aportes para la construcción del concepto de persona jurídica.

2.3. Con estos antecedentes en claro podemos avanzar en una mejor comprensión del proceso perteneciente al período clásico o de la República, espacio de tiempo suficientemente prolongado como para perfilar los puntos de conexión histórica de su evolución institucional.

Cabe entonces –en función de los comentarios anteriormente señalados–, formularse un interrogante fundamental: ¿cómo se manifestaron las primeras experiencias a través de las cuales se reconocieron algunas situaciones unificantes?

2.4. Una vez más el rumbo del proceso evolutivo, como así la respuesta correcta la encontramos en Orestano (25), quien enseña en su extraordinario trabajo sobre el tema, que la jurisprudencia clásica fue desarrollando una dogmática propia que construyó a partir de la significación asignada a los vocablos *res*, *corpus* y *universitates* que actuaban como centro de referencia (o imputación, con la terminología actual) de las relaciones jurídicas en particular, sobre todo si se entiende la riqueza de su significación técnica.

Pero conviene poner de relieve que estos términos resultaron interpretados a la luz de una cultura o visión propia y genuina de ese momento histórico, que era fundamentalmente de tipo

(25) ORESTANO, R., “Il ‘problema delle persone giuridiche’ in diritto romano”, ob. cit., nota 17.

empírico o *materialista*, en el sentido que –como se ha dicho precedentemente–, se trataba de conjuntos compuestos por elementos materiales capaces de ser reconocidas como centros de referencia de relaciones jurídicas en particular.

Y precisamente esa circunstancia de poder referir situaciones unificantes a entidades materiales o eventualmente personales, es lo que vincula el proceso de manera directa, con la palabra *res*, cuyo primer significado es obviamente cosa (26), como “todo aquello distinto del propio yo, o sea del individuo que lo usa”, pero escapando de generalización tan absoluta, Ghirardi cierra su pensamiento con cita de Ulpiano en el sentido que en la palabra cosa se comprende “así las causas como los derechos” (27).

Debería recordarse en este sentido, todas las elucubraciones que se difundieron en torno al concepto *res publica*, cuando se trataba de los asuntos del “*Populus romanus*”, de forma tal que nadie pone en duda la influencia decisiva que el empleo de esta acepción proyectó indefectiblemente sobre los institutos del derecho privado.

Es verdad –como se ha dicho–, que la palabra *res* constituye un vocablo de múltiples significados (polisemia) o sea, resulta factible atribuirle innumerables acepciones en el idioma latino, pero en este caso su proyección técnica parece evidente, por tratarse de relaciones jurídicas que resultaban atribuidas a conjuntos o entidades materiales, pero completamente fuera del alcance o contexto subjetivista o concebidas como un sujeto titular de derechos.

Pero estos mecanismos atributivos de efectos jurídicos, también eran extensible a ciertos agrupamientos de personas que visualizadas desde otro ángulo, resultaban igualmente factibles –frente a determinadas circunstancias– entenderlas como *res*, sin que por ello fuese menester

prescindir o cambiarles esta característica esencialmente material.

En definitiva, bajo el amparo del término en cuestión (*res*), se encuadraban situaciones unificantes asentadas sobre conjuntos de elementos corporales o materiales, como así también de agrupamiento de personas, pero en ambos casos sin que tales diferencias alteraran su ubicación en el plano material de las cosas, pues nunca trascendieron hacia una conjugación o predicación de una idea unitaria como producto de la abstracción intelectual.

Desde esta plataforma *materialista* u *objetiva* –si se quiere–, del concepto de *res*, sobre la base de una significación semántica absolutamente descontaminada de cualquier razonamiento de tipo deductivo o de especulaciones abstractas, ideales o de tipo científico o inferidas desde una perspectiva de orden *subjetivista*, se comienza a transitar el camino hacia un rumbo final distinto, consistente en alcanzar un concepto unitario de imputación capaz de concebirse como una unidad por efecto de la *abstracción*, dando lugar al nacimiento de un ente ideal autónomo y diferente de sus integrantes.

Resulta particularmente pedagógica el ejemplo que trae Orestano (28) en el sentido que estas situaciones unificantes –*corpus*–, no estuvieron consideradas como “una cosa diversa de los individuos que lo componen, sino más bien una identificación con ellos mismos”, circunstancia absolutamente obstativa para llegar al reconocimiento de una entidad ideal diferente o autónoma con relación a su sustrato personal.

Se trató obviamente y como no podía ser de otra manera, de un largo camino, pero cada una de las diversas situaciones unificantes resueltas de esta manera, conformaron el sustento que era menester transitar para agotar y completar el recorrido de este proceso histórico evolutivo hacia

(26) GHIRARDI, Juan Carlos (dir.), “Hacia una nueva clasificación de las cosas”. En Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba nro. 04933. Hemos tenido especialmente en cuenta este excelente trabajo del autor de la nota, –lamentablemente inédito–, del cual fue factible obtener un panorama completo y fundado de la problemática de las cosas en el derecho romano.

(27) GHIRARDI, Juan Carlos, ob. cit., nota 17, con cita de ULPIANO: D.50. 6.23.

(28) ORESTANO, R., “Il ‘problema delle persone giuridiche’ in diritto romano”, ob. cit., nota 17, p. 173, asentando esta conclusión en un párrafo de GAIO D. 3. 4. 1.

formas más acordes con la ciencia jurídica de nuestros días.

2.5. Como otro de los factores coadyuvantes para la consideración de los diversos instrumentos capaces de generar o producir efectos unificantes, merece traerse a consideración al *nomen*, o *nomen iuris*, que aún desde una visión estrictamente lingüística, lograba producir no obstante las consecuencias que estamos relatando, o sea la atribución o imputación de relaciones jurídicas, tal como sucedió originariamente con el texto de Ulpiano, respecto de la *universitas res hereditas* (29) con anterioridad a que sufriera los cambios operados en la etapa Justineana.

Es que a través de la utilización del *nomen* se identificaba una cosa respecto de las demás, pero ello no impedía que igualmente y al mismo tiempo, sirviera para la individualización de la cosa en sí misma considerada, es decir, la apelación a este recurso lingüístico implicaba un avance en la explicación de los supuestos que estamos relacionando.

No cabe ninguna duda que el lenguaje tuvo en su momento esta virtud de ser utilizado como un instrumento técnico del cual se infería una consideración unitaria de diversos supuestos de la realidad, sin que por ello se abandonase esta visión estrictamente materialista de la concepción respecto de la atribución de relaciones jurídicas en particular.

2.6. *Res* y *nomen* conformaron a no dudar, dos factores o vectores determinantes que vehicularon este proceso hacia un estadio de evolución suficiente capaz de hacer comprender elementos diferentes y autónomos a través de una visión unitaria o de conjunto.

(29) BLANCH NOUGUÉS, José M. - FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio (dir.), "Régimen jurídico de las fundaciones en derecho romano", Colección "Monografías de Derecho Romano", Ed. Dikynson SL, Meléndez Valdes, 61, Madrid, p. 27.

(30) D'AMELIO, Mariano - AZARA, Antonio, "Novissimo Digesto", Ed. Utet, Unione Tipografica - Editrice Torinese, t. III, p. 292.

(31) MAROI, Fulvio: cosa, "Nuovo Digesto italiano", p. 356. En su acepción etimológica, deriva de la causa, conforme una transformación muy interesante en cuanto resulta completamente asumido y absorbido por la acepción *res*, a la cual se le atribuye innumerables significaciones: bienes, posesión, objeto, entidad, estado, relación, ocasión, situación, hecho, evento, sustancia lo que debido a la extensión y multiplicidad de significaciones, explica de alguna manera las razones por las cuales no pudieron construir un concepto unitario.

Sin embargo, para una adecuada comprensión del problema, –al menos como perspectiva histórica–, debemos profundizar de alguna manera el significado del vocablo *res*, ya no desde una visión tan general como lo hicimos precedentemente, sino acercándonos a nuestra materia específica y con el contenido y alcance que fuera elaborado en el período clásico.

En realidad, –de la misma manera que lo hicimos precedentemente–, D'Amelio (30) destaca la etimología del término en cuanto deriva de otro de origen latino *causa*, vocablo que produce una transformación idiomática importante que concluye siendo asimilada por la palabra *res*, cuyas significaciones más corrientes era la de bienes o posesión, objeto, entidad, estado, reacción, ocasión, situación, hecho, evento, sustancia, negocio, útiles, etc.

A su vez este vocablo puede ser objeto de una segunda clasificación (31), en *res* dotadas de un significado *estricto* o *particular* que se identificaba con las cosas, bienes, útiles, negocio, vinculándose originariamente con el patrimonio o alguno de sus elementos; para luego y desde otra angulación, atribuirle un sentido más amplio. Como ejemplos dentro de la primera categoría, cabe mencionar las cosas, bienes sustancia, útiles, negocio, patrimonio etc.; dentro de la segunda, se comprenden los términos relación, objeto, entidad, estado, ocasión, situación, hecho, evento, riqueza, etc. En la vasta cantidad de acepciones de la palabra *res*, puede encontrarse la explicación por las cuales no es fácil la tarea de precisar una definición absoluta y totalizadora, porque según el autor de la cita, constituye el término más amplio de la lengua latina, todo lo que explica de alguna manera las dificultades que señalamos en torno a poder brindar una caracterización más precisa o concreta.

Ello no obstante, una primera aproximación al tema nos permite diferenciar entre cosas o res comunes, o sea las que no responden a una denominación especial porque carecen de *nomen iuris*, y resultan individualizadas respecto de las demás según D. 5.1.76. y D 33.10.6 pr., de las res con *nomen comun*, o *res bajo nomen*, que comprende aquellas que existen bajo el efecto de la función unificante del *nomen* D. 41.3.20.

En los casos de personas o cosas que poseían un nombre (*nomen iuris*), el mismo aludía que “podían ser consideradas como entidades materiales en sí mismas consideradas”, pero como se advertirá fácilmente, siempre desde una perspectiva corpórea, material u objetiva, en cuanto conformaban un dato de la realidad.

Es importante igualmente advertir, que los instrumentos que utilizaban estas situaciones unificantes, en algunos casos revestían una naturaleza de tipo social, o en otros simplemente exteriorizaban una realidad material agrupando cosas desde la individualidad de sus elementos constitutivos y con ello sin embargo, no podían llegar unitariamente a considerarse como unidad ideal.

2.7. Una aproximación a su concepto, elaborado sobre la base de estos antecedentes, permitiría sostener “que cosas son todos los objetos corporales u otras entes naturales susceptibles según la conciencia económico social de aprovechamiento o de utilización” (32). Y ese criterio determinante asentado sobre una acepción principalmente sociológica, permite discernir sobre cuáles de entre ellas resultan idóneas para ser individualizadas por obra del hombre.

El mismo autor (33), refiriéndose a la nota definición puesta en “*de verberoum significatorum*”,

D. 58.16 pr. 23, sostiene que “pertenece probablemente a su texto original y a un punto particular del comentario edictual (*edittale*)” que implica no pretender encontrar la precisión del concepto desde una perspectiva eminentemente científica jurídica, todo ello sin dejar de entender que atribuían este carácter a los *corpos unitarios*, quedando siempre fuera de su precisión conceptual las llamadas cosas *etéreas*, porque no era posible tocarlas o poseerlas según señalaba su nota o característica esencial.

Por otra parte, ya a fines del siglo I antes de Jesucristo, Alfeno Baro (34) en (D.5.1.76.6 dig) aludía a esta acepción de *res*, “*sed et multis ceter rebus*”, como la *legión*, el *pueblo romano* y las *naves*, tres ejemplos de núcleos unificantes de naturaleza material u objetiva que resultaban consideradas como un *todo* y cuya existencia o construcción jurídica hubiera debido emplazarlos dentro de las categorías lógicas de los sujetos de derecho.

Pero de todas estos antecedentes tomaremos aquellos que más se aproximan a las cuestiones que estamos considerando, relacionadas obviamente con la evolución histórica del concepto de persona jurídica y para ello, nada mejor que iniciar este punto aludiendo a la vieja definición de Gayo, en el sentido que son aquellas “*quae cerni tangere possunt*”, es decir, las que pueden ser objeto de una percepción directa por los sentidos humanos, inferidos obviamente de su materialidad o corporeidad ontológica. Para ser más precisos quizás, deberíamos denominarlas *cosas corporales o materiales*, en cuanto resultan factible de poderlas tocar y poseer.

Una de las consecuencias jurídicas que se describen con relación a esta categoría de *res* o *cosas corporales o materiales*, es que pueden

(32) DE SAVIGNY, M. F. C., “Sistema de derecho romano actual”, traducción de Jacinto MESÍA y Manuel POLEY, con prólogo de D. Manuel RURAN y BAS, Ed. Centro Editorial de Góngora, Madrid, 2ª ed., t. II, Paz.

(33) DE SAVIGNY, M. F. C., “Sistema...”, ob. cit., nota 24.

(34) ORESTANO, R., “II ‘problema...’”, ob. cit., nota 17; ALFENUS, lib. VI digest. “Proponebatur ex bis iudicibus, qui in eandem rem dati essent, nonnullos causa audita excusatos esse inque eorum locum alios esse sumptos, et quaerebatur, singulorum iudicum mutatio eandem rem an aliud iudicium fecisset respondi, non modo si unus aut alter, sed et si omnes iudices mutali esset, tamen et rem eadem et iudicium, idem quod antea fuiste permanere”. Como una manera de reforzar esta concepción, subraya que no se trataba de un caso aislado, sino que el mismo acaecía en múltiples situaciones consideradas como *res*, y de la cual extraía los siguientes ejemplos: la *legión*; el *popolo*, la *nave*.

ser objeto de posesión, como ocurre con las *penus* (35) y *supellex* (36), en cuanto resultan factibles de ser detentadas física y materialmente de manera directa e inmediata por el hombre, en cuanto “*quae tangit possunt*”, circunstancia que da lugar a la posibilidad de configurar los presupuestos indispensables para que ocurra el instituto de la usucapición, todo según Paulo en D. 42.2.3 y D. 2.28.2.9.

Existe igualmente otra explicación si se quiere de tipo cultural, (37) en el sentido que la materialidad del concepto de cosa se configura en una suerte de subsunción ontológica, como consecuencia que Roma tenía una economía fundamentalmente agraria, circunstancia que le atribuye a las cosas una corporalidad necesaria como para poder ser objeto de los derechos reales (*dominium ex jure*). Solo una vez que las formas de explotación económica evolucionaron, aparece una segunda visión de las mismas, atribuyéndoles la característica de la incorporealidad (*incorporalis*), tal como será materia de tratamiento en los puntos siguientes.

Esta concepción de las cosas, como *res*, esta expresada igualmente en las Institutas de Gayo: Inst. 2.2.1., 2.12.14, 2.20.21 o D. 2.53.55, y sobre tales conceptos se construyen las bases conceptuales tripartitas tan conocidas, para fundamentar la *summa divitio* de las materias o contenidos del *ius privatorum*, en *acciones*, *cosas* y *bienes*.

Por otra parte, el concepto de *res*, conforme el sentido y significación que le hemos acordado como expresión general, se infieren del Digesto, en un todo de acuerdo con los textos originales del Corpus Iuris, según los párrafos que se mencionan a continuación: D. 5. I. 76; D. 33.10.; D 50.16.72; D.1.8.1.1. Alfeno. D. 5.1.76; Alterio: D. 33.10.6 pr. y D.1.8.11.

2.8. En otro sentido y en la versión antigua del concepto de *res*, se lo explicaba de alguna manera como que: “el conjunto es, o está formado por sus elementos y la totalidad de sus elementos, constituyen el conjunto”, pero como

se advertirá, en ningún momento el conjunto se aparta de una visión esencialmente materialista o corporal, e incluso aunque su dimensión o magnitud pueda variar en más o en menos esto es, acrecentar, cambiar o disminuir el número de sus componentes, no por ello debía necesariamente modificar su sustancia a los efectos legales y por lo tanto, dejar de ser considerada como tal.

En algún momento –especialmente referido a la *res pública*–, la palabra se utilizó para individualizar a la comunidad de ciudadanos conforme su procedencia, tales como romanos, latinos, albanos etc. etc., o simplemente se le atribuía una significación referencial a la comunidad de la que formaban parte, circunstancias que pueden ser valorizadas a la luz de las tantas expresiones que cobraron sentido durante los siglos II y III después de Cristo.

Todas estas situaciones unificantes –expresadas de las maneras más diversas y hasta en forma caótica–, terminaron dando lugar a fenómenos de imputación de relaciones jurídicas unitarias, circunstancia que si se visualiza a la luz del proceso evolutivo, constituyen a no dudar, el punto de partida de un recorrido institucional que va desde la existencia de estos conjuntos materiales, hasta lograr el reconocimiento abstracto de la unidad, concebida como centro de imputación o referencia completamente diferenciado o autónomo respecto de sus integrantes, circunstancia que se alcanza recién al finalizar el período justineano y sólo en algunas especies, y no en todas las manifestaciones externas de este instituto.

2.9. ¿Cuáles eran los ejemplos que surgen de los textos del Digesto respecto de situaciones unificantes que eran consideradas con “*res corporales*”?

Un ejemplo de este tipo de *rebus* lo constituye la *legión*, que estaba compuesta de una cantidad variable de soldados que conformaban elementos diversos pero que en definitiva, era reconocida en su significación jurídica como

(35) MACCHI, Luis (trad.), “Diccionario de la lengua latina”, Ed. Apis, Rosario. La traducción literal de *penus*, alude a la previsión de comestible, almacén, despensa, santuario del Templo de Vesta.

(36) MACCHI, Luis (trad.), “Diccionario...”, ob. cit. *Supellex* significa muebles, ajuar, utensilios, instrumentos.

(37) MAROI, Fulvio, “Nuovo Digesto italiano”, ob. cit., p. 356.

una unidad, completamente independiente respecto de los seres humanos que la componían, quienes podían ser –como se ha dicho–, más o menos, permanecer siempre en esta legión o ir cambiando con el tiempo, sin que nada de estas contingencias afectasen su sentido de unidad ni los efectos inferidos de este *nome iuris*.

Otra situación que nos mencionan los fragmentos romanos, es la *nave* que tal como se puede apreciar rápidamente, se exterioriza como una unidad material de diversos elementos necesarios para su funcionamiento, todo ello sin que más allá de poder llegar a ser considerada como un centro de referencia de relaciones jurídicas, su naturaleza podía ser puesta en tela de juicio respecto de su materialidad o corporeidad ontológica.

Es posible lo mismo destacar del *populus romano*, el que evidentemente era entendido como una unidad, aunque su verdadera naturaleza lo fuera a través de la conjugación de una cantidad importante y diversa de elementos materiales, lo que finalmente y a través de una denominación jurídica o *nome iuris*, concluyeron reconociéndolo como *res corporales* para la circunstancias que nos estamos refiriendo a este respecto.

En la etapa histórica de la República, los *supellex*, las *penus*, o incluso la *hereditas*, llegaron a ser consideradas claramente dentro de esta categoría ya que –como se ha dicho ya en diversas ocasiones–, sin que por tal circunstancia diera lugar a una mutación de su composición estrictamente material o corporal.

Como *nombres colectivos*, se han mencionado el *populus*, las *tribus*, el *senatus*, el *exercitus*, la *gens* o la *familia*, situaciones todas que aunque integradas por componentes diversos e independientes, ello no obstante estaban individualizados por un vocablo que implicaba al menos, una unidad conceptual o lingüística, situación que por su claridad no precisa de mayores comentarios, salvo aclararse que tal situación no gravita en un ápice respecto a la modificación de su sustancia de naturaleza material y colectiva.

2.10. A medida que se fue avanzando en la caracterización de las situaciones unificantes asimiladas al concepto de *res*, otra cantidad de fragmentos obtuvieron progresos significativos

en las precisiones técnicas de estos conceptos, en tanto aludieron a una asimilación de estas cosas con lo estrictamente *corporal*, *material* o *tangible*, de forma tal –como se ha dicho precedentemente–, que podían resultar apreciables por los sentidos dada su identificación sustancial con lo que se toca o se siente: Ulpiano, con cita de Labeone: D. 37.1. 3. 1.; Paulo: D. 43. 2.3. y D. 2.28.29, todos según los textos citados precedentemente.

De lo todo lo expresado hasta este punto, se infiere que las cosas *corporales* podían extender su significado a situaciones que iban más allá de los cuerpos unitarios, supuesto que podrá ser apreciado con mayor exactitud cuando analicemos en el punto siguiente la cuestión de las *res* o *corpora ex distantibus*, es decir, los conjuntos o complejos de cosas divisibles, que a su vez disponen cada uno de ellos autonomía o individualización propia.

3. Período filosófico: *corpus ex distantibus* – *res incorporalis*. A finales de la época clásica los romanos –que no fueron precisamente, grandes filósofos–, recibieron influencia directa de los grandes pensadores griegos, especialmente dentro de la vertiente de los epicúreos, circunstancia que sirvió para que un conjunto de figuras existentes hasta ese momento, se fuesen de alguna manera “*espiritualizando*”, o más bien “*idealizando*”, como consecuencia de haber transitado un proceso de superación mediante el abandono de concepciones muy rígidas, propias de las culturas primitivas o que se encuentran en etapas germinales.

La mayoría de los autores que se han ocupado de este tópico se encuentran contestes en afirmar que a la finalización del siglo II después de Cristo, la utilización de una lógica de mayor capacidad técnica se hizo sentir entre los juristas de ese entonces, produciéndose entonces los primeros pasos desde una visión absolutamente materialista o corpórea de las cosas, por otra mucho más ajustada a un pensamiento crítico propio de un desarrollo conceptual de entidad superior y por ende capaz de gravitar en las más diversas expresiones del saber de su tiempo.

Sin pretender hacer un estudio completo de los hechos que nos estamos refiriendo, concentraremos nuestra atención en aquellos anteceden-

tes que estuvieron más vinculados con el instituto que nos ocupa, es decir, los que gravitaron en torno al recorrido de los pasos necesarios que hubo que cumplir para lograr acercar el rumbo de la transformación de la persona jurídica a las corrientes contemporáneas o más desarrolladas desde el punto de vista técnico o científico.

Según referencia directa de La Fortuna (38), se alude a la influencia significativa de Séneca (39), quien a través del empleo de una expresión lingüística del concepto de “*coherentia*”, explica que “todo el proceso lógico a través del cual y en virtud de una abstracción se pasa de los miembros considerados uno en uno (*singuli*) a otra cosa distinta (el *corpus*) dentro del cual la individualidad de los miembros desaparece para dar luego de una irreal pero precisa y nítida unidad creada por la *coherentia*, en tanto que consideradas en relación al derecho o a la función”.

El autor comentado afirma que la identificación del proceso de *desmaterialización*, como bisagra histórica o punto de arranque hacia la *abstracción*, se describe o subsume especialmente detrás de la palabra “*cohaerentia*”, capaz de dar nacimiento a nuevas categorías como los “*corpus*” o las “*universitates*”.

Es realmente digna de todo encomio y admiración científica la capacidad de síntesis del filósofo heleno para subsumir en un solo vocablo, todos los movimientos intelectuales necesarios que deben cumplirse para avanzar desde una pluralidad de elementos materiales o supuestos colectivos, a una unidad ideal como resultado del mecanismo lógico de la abstracción, capaz de concebir como unidad referencial de relaciones jurídicas, lo que en su base o sustrato

conforman elementos plurales de naturaleza diversa, produciéndose de esta manera el verdadero *quid* que da lugar a una entidad unitaria y autónoma con relación a sus integrantes o componentes.

3.1. Debido a la gravitación que tuvieron estas corrientes de pensamiento filosófico –que como dijimos, hicieron sentir su influencia sobre los juristas de fines del período clásico–, no tardaron en aparecer algunos fragmentos del Digesto que analizaban la problemática de la *res* (cosas) según criterios de caracterización diferentes, lo que motivó una clasificación más minuciosa y ajustada a la realidad que la existente hasta ese momento y en este sentido, se debe traer a colación indefectiblemente por su importancia, el texto de Pomponio (40) en cuanto formula un nuevo encuadramiento tripartito de la figura en cuestión, en: *res corporea*; *res contingentibus* y finalmente, *res ex distantibus*.

La primera y segunda de las mencionadas precedentemente, las hemos considerado en los puntos anteriores, pero como consecuencia de estos perfeccionamientos en el pensamiento de la época, aparece la *res* o *corpora ex distantibus*, que sin llegar a la idealización completa, –alcanzada sólo una vez concluido el proceso de abstracción–, importa sin embargo una suerte de paso intermedio en ese derrotero, en razón que se abandona la concepción rígida y uniforme de la *res*, concebida como “materialidad tangible”, –que se toca y se distingue con los sentidos–, para llegar a reconocer esta nueva categoría mediante una explicación más moderna y evolucionada del proceso de *desmaterialización* antes comentado.

(38) BLANCH NOUGUÉS, José L., ob. cit. Por cita del autor: “Appunti sui termini “corpus” e “universitatis”, Roma, 1937.

(39) SÉNECA, *Epistulae ad Lucilium* 102, 6: “Quaedam continua esse corpora, ut hominen, quaedam esse composita, ut navem, domun omnia denique, quorum diversae partes iunctura in unum coactae sunt, quaedam ex distantibus, quorum ad huc membra separata sunt, tanquam exercitus, populus, senatus, illi enim per quos ista corpora efficiuntur, iure aut officio cohaerente, natura diducti et singuli sunt”. El texto tiene como época de aparición la mitad del siglo I después de Cristo.

(40) POMOPONIO, D. 41.3.30. “libro trigesimo ad Sabinum: ...tria autem genera sunt corporum, unum, quod continetur uno spiritu et Graece ...vocatur, ut homo tignum lapis et similia: alterum, quod ex contingentibus, hoc esta pluribus inter se cohaerentibus constat, quod ...vocatou, tu aedificium vavis armarium: tertium quod ex distantibus, constat ut corpora plura non soluta sed u ni nominis subiecta, veluti populus, legio grex”. Según la opinión de ORESTANO, este texto que ha dado motivo a una amplia literatura a su alrededor, constituye un punto de inflexión obligado para la construcción jurídica de una “teoría de las cosas” en el derecho romano (ob. cit., p. 131).

Cicerón (41), refiriéndose a esta clasificación de las cosas, las simplifica en dos clases, en cuanto reconoce entre las cosas materiales o corporales, es decir, aquéllas “*quae cerni tangive possunt*” o sea, las que se pueden tocar o poseer, de las “*quae intelligitur*” que se encuentran sólo expresadas a través de un acto intelectual o del conocimiento, lo que de alguna manera también se perfila tímidamente en esta diferenciación de “*cosas corporales*”, de las “*cosas incorporales*”.

A su vez, las Institutas de Gayo (42) –a mitad del siglo II después de Jesucristo–, al analizar el instituto de la *hereditas* (43), cambiará el criterio existente hasta ese momento que se las apreciaba como una *res corporales*, por una *res incorporalis* (44) (*incorporales sunt que tangit non possunt, qualia sunt ea quae iure constitut, sicuti hereditas, usufructus*) formada por la universalidad o conjunto de derechos y obligaciones que se transmiten del causa habiente a sus herederos.

Sobre la base de estos antecedentes se arriba al importantísimo fragmento de Pomponio (45) que define a la *res* en cuanto *corpus ex distantibus* (46), como un proceso por el cual determinadas situaciones unificantes, “compuestas por diversos elementos materialmente separados

entre sí, constituyen sin embargo, un nombre que representa una subjetivización capaz de ser titular de referimiento de una relación jurídica”, tal como sucede con el *populus romanus*, la *grex* o por último, una *legio*.

Algunos otros autores consideran que esta creación ha sido tomada completamente y hasta mediante el empleo de los propios ejemplos de Séneca, que sin duda fue quien clarificó de manera directa y decisiva la significación y sistemática de la *res* o *corpus ex distantibus*, a los que consideraban como “unidades diferenciadas de los elementos que las integran”, debido al desarrollo de un proceso, que sin llegar a la obtención plena de la *abstracción*, logra sin embargo la *desmaterialización* de esta categoría de cosas como estadio básico y previo para avanzar en la línea correcta y completa, la que sólo se alcanza como se ha dicho, varias veces, en la etapa justineana y fundamentalmente a través del instituto de la *universitas*.

3.2. Por último, es bueno destacar que la ampliación efectuada por Pomponio respecto de la clasificación antigua de las *res* o cosas romanas, no alcanza un grado de reconocimiento completo, ya que permanentemente se confundía con otra categoría de alguna manera super-

(41) CICERÓN: (PANIZO ORALLO) en su *Tópica*, 5.2.7. por cita de ORESTANO ob. cit., p. 123. A su vez se advierte algunas inconsistencias en la clasificación de las cosas, propias de un período donde se superponían etapas del pasado, con nuevas categorías propias de la evolución que estamos comentando. Sin embargo, pese a todo esto, el jurista romano tuvo conciencia que las *corpora ex distantibus* no encuadraban en la categoría de *res quae cerni tangit sut*, sino más bien en las de *altres res*, es decir, de las otras cosas sin especificar demasiado su verdadera naturaleza.

(42) GAYO, “Institutas...”, 2.53. 55.

(43) ORESTANO, ob. cit. Considera que el proceso de unificación está ligado a la “desmaterialización” por la cual la *hereditas* pasó de tener un significado material y concreto, a otro más inmaterial y abstracto, ya que en un primer momento se identificaba con el criterio antiguo de *res* y luego, a través del dogma conceptual de las *res incorporalis*, concluye su recorrido histórico en el instituto de la *universitas* que constituye uno de los pocos que llegaron a completar el proceso de *abstracción* capaz de alcanzar la diferenciación o alteridad completa entre el ente idealmente considerado y sus componentes reales, es decir, sus miembros, proceso que constituye el meollo central del concepto actual de persona jurídica.

(44) ALBERTARIO, Emilio, “Il diritto romano”, Casa Editrice Giuseppe Principato, Milán - Messina, p. 104. Afirma: “Un análogo fenómeno es posible apreciar en la hereditá giacente, que por carecer para los juristas clásicos de las herramientas propias de la *abstracción*, la explicaban a través de la continuación de la persona del causante, mientras que en la etapa justineana le hacen decir a FLORENTINO: “*hereditas persona vice fingitur, sicut municipium y societas*”.

(45) ORESTANO, ob. cit. Señala que esta clasificación tripartita de las cosas (*res*), aunque aparezca de toda justicia atribuírsela al jurista de la nota, porque surge con palmaria evidencia del parágrafo que se trae a colación dentro el *Digesto*, lo cierto es que resulta reproducida por muchos otros, circunstancia que nos induce a pensar que se trató de una categoría de aceptación general entre los juristas de su época.

(46) Diversos textos del *Digesto* hacen referencia directa a esta categoría de cosas: D. 5.1.76; D. 1. 8.1.; D. 6.1.23.5.; D.41-3-30-pr. SAB.

puesta con las *res ex distantibus*, como fueron las *res incorporalis*, las que a ciencia cierta y desde una perspectiva eminentemente técnica, resultan de muy difícil separación pasando en cierta forma a cumplir roles y consecuencias iguales o muy semejantes.

Pero esta nueva clasificación de las cosas que amplía sus horizontes desde una visión estrictamente materialista, a otra producto más próximo a una abstracción de tipo ideal o intelectual, desencadenó un camino ininterrumpido que no tuvo más contención hasta llegar a los fragmentos de Ulpiano (47) o Florentino (48), a través de los cuales ya puede afirmarse sin hesitación alguna, la obtención de un ente ideal en algunos institutos en particular, capaz de diferenciarse y adquirir completa autonomía respecto de sus componentes.

Se trata de un periplo donde no todo se desarrolló a través de líneas rectas, hubo sin duda marchas y contramarchas, posiciones contradictorias, conceptos no suficientemente claros, pero el sino de la tendencia estuvo claramente definido dentro de un punto de partida que constituyeron la *res corporales*, identificada con las situaciones unificantes de ese momento, un poco después las *res o corpora ex distantibus* – también conocidas como *res incorporalis* –, hasta ya en la finalización de este ciclo histórico el reconocimiento de los *corpus* y las *universitates* que lograron claramente conformar un centro de referencia de derechos y deberes completamente autónomo y diverso de quienes integraban tales supuestos.

Nos resta entonces, recorrer este último tramo hasta llegar al final, donde estudiaremos aquellos fragmentos del *Corpus Iuris* capaces de despejar –a nuestro criterio, con el mérito de haber sido la primera vez que se obtenía tales resultados en la cultura occidental–, la posibilidad de encontrar y despejar en forma limpia y sin ningún tipo de entorpecimiento u oscuridad conceptual, un rasgo esencial como ocurre

con el *principio de diferenciación* o *alteridad* que hoy es factible de reconocer como uno de los elementos esenciales capaces de conformar el sustento lógico del concepto unitario de la persona jurídica actual.

4. Período justineano: reconocimiento de un ente abstracto autónomo y diferenciado respecto de sus componentes y capaz de ser referente o titular de relaciones jurídicas. Nada más preciso para la descripción del proceso experimentado durante este itinerario histórico, que el pensamiento de Albertario (49) cuando expresa “No es difícil comprender por qué se pasó de una concepción a otra; esto es, porqué de representarse a la asociación como una colectividad concreta se pasó a representarse a la asociación como un sujeto abstracto de derecho, porque la clásica concreta *universitas civium* deviene en la abstracta justineana *universitas*”.

Queda suficientemente claro entonces, que la evolución se concreta a través de las tres grandes etapas del derecho romano (clásico, posclásico y justineano), desde una visión material o concreta, a otra abstracta y capaz de dar lugar al nacimiento de un sujeto de derecho que el jurista recordado reconoce y ejemplifica a través de la evolución sufrida entre la “*universitas civium*”, y la “*universitas abstracta*” de la etapa final, dos situaciones unificantes, pero con naturalezas diferentes a la luz de la concepción que correspondió a cada una a sus épocas.

En opinión de Tertuliano (50), el verdadero significado romano del *corpus* experimenta un cambio sustantivo, si se quiere crucial, cuando deja de ser la expresión de una colectividad formada por una pluralidad de miembros que lo componen e integran, para transformarse en un ente unitario, separado totalmente de cualquier acepción materialista o concreta, para responder en cambio al producto intelectual de una abstracción capaz de unificar lo plural en una entidad diferente de sus integrantes.

(47) ULPIANO, fr. 10 Libro II, tít. IV, fr.7, Libro III, tít. IV. MARCIANO: D.15.1.40.

(48) FLORENTINO, D. 46.1.22.

(49) ALBERTARIO, Emilio, “Il diritto ...”, ob. cit., p. 105.

(50) ALBERTARIO, Emilio, “Il diritto...”, ob. cit., p. 105. El autor refiere a la cita de TERTULIANO: “Ubi tres, id est Pater et Filius et Spiritus Sanctus, ibi Ecclesia, quia trium corpus est”. En igual sentido, a PRISCILLIANO: “Venerabilis Ecclesiae Dei per symbolum corpus ingressi” y AGOSTINO: “In eius corporis unitate, id est in Christianorum compage membrorum”.

4.1. Sostiene Orestano (51) –como una síntesis del camino seguido por la persona jurídica durante el transcurso del devenir del derecho romano–, que la absorción del concepto de “*hereditas*” y “*corpus ex distantibus*”, en la categoría de “*res incorporalis*” y su consiguiente desmaterialización, –confusión de que la dimos cuenta *supra*–, abrió la puerta para un ulterior desarrollo conceptual de las situaciones unificadas, en el sentido que estas dejarían de ser consideradas como una “*situación concreta*”, para convertirse en “*algo abstracto*”.

Pero es evidente que en el recorrido hacia formas más sutiles del pensamiento jurídico, la *universitas* reviste una importancia fundamental, pues al final del camino es la que experimenta de una manera más clara y terminante, esa transformación capaz de transitar desde conformar sólo un fenómeno material y concreto, hacia un producto ideal derivado de un esfuerzo de abstracción mediante el cual lo plural se convierte en una unidad referencial o atributiva de derechos y deberes.

En realidad el mecanismo lógico por el cual desde una naturaleza esencialmente material o concreta, se transforma en otra ideal o abstracta, se hace enançada a dos institutos fundamentales –que no siempre resultó sencillo diferenciarlas entre sí–, pero a los efectos de describir objetivamente los elementos determinantes de este proceso, fueron sin ninguna duda el *corpus* y la *universitates*, institutos que merecen detenernos para analizar con mayor exactitud y precisión, los fundamentos de su validez científica e histórica.

(i) Conviene seguramente advertir en primer lugar, que no siempre *corpus* tuvo igual significación como situación unificante y debemos destacar en este sentido, que a semejanza de lo ocurrido con otras especies recorrió el camino ascendente que desde una base estrictamente material y meramente descriptiva del fenómeno de conjugación plural de personas, a otra de carácter ideal o abstracto, pero por sobretodo, capaz de construir un ente con valor en sí mismo

y por ello diferenciado de los elementos componentes de su sustrato.

Recuerda Albertario (52) a estos efectos, que la palabra *corpus* refleja primordialmente la colectividad de miembros o según terminología moderna, su componente plural, que constituye el sustento del contrato plurilateral celebrado entre sus miembros en miras a conformar un instrumento idóneo para la consecución de un determinado fin común.

Si se toma como base exclusiva la perspectiva *materialista* del enfoque existente hasta ese momento, el análisis queda reducido sólo a las conclusiones inferidas de a una reflexión más bien descriptiva y derivada de una observación de la realidad, que exhibe los conjuntos de personas como la sumatoria o agrupamientos encaminados a la obtención de una finalidad autónoma y diferente de la que subjetivamente corresponde a cada uno de sus componentes.

Pero ese *conjunto* no llega de ninguna manera a tener justificación o razón de ser en sí mismo, como una realidad diferente de lo que conforma su construcción efectiva, circunstancia entonces que evita cualquier juicio de diferenciación entre un sujeto autónomo respecto de quienes integran o componen su base subjetiva.

Cuando el derecho se refiere o emplea un concepto unitario como agrupamiento de elementos diversos y autónomos entre sí, tal como sería lo ocurrido con la palabra *grex* (rebaño, manada), quiere significar que tal situación no llega a conformar una unidad sustancial y autónoma, sino exclusivamente la existencia de ese conjunto de elementos diversos entre sí, pero que pueden llegar a ser considerados a través de un vocablo que los califica a través de un término abarcativo o referencial, circunstancia que impide de toda forma inferir la presencia o el nacimiento de un sujeto de derecho independiente a autónomo respecto de sus componentes.

Dicho de otra manera y siguiendo el pensamiento del autor referido precedentemente, (53) el

(51) ORESTANO, ob. cit., p. 162.

(52) ALBERTARIO, Emilio, “Studi di Diritto...”, ob. cit., vol. Primo, p. 99.

(53) ALBERTARIO, Emilio, “Studi di Diritto...”, ob. cit., vol. Primo, p. 100. Se ejemplifica como referencias de estas aseveraciones, los siguientes parágrafos del Digesto a saber: D. 1, 2, 2, 25 ...et plebes contenderet cum pa-

concepto de *corpus resume la colectividad de las personas que lo componen* como dato agregado, pero no el agregado mismo considerado ficticiamente como único sujeto de derecho”, aseveración que encuentra justificación mediante la existencia de numerosos ejemplos que se traen a colación en prueba de esta aseveración.

Hasta aquí lo ocurrido –como se ha expresado precedentemente–, en los tiempos de la República, pero esta concepción experimenta un cambio fundamental en el período post clásico y justineano durante el cual se produce una mutación sustancial en virtud de la cual mediante la consecución de la *unidad* a través del reconocimiento de un verdadero ente, se pierde definitivamente toda referencia a lo concreto o material, para mutarse las categorías lógicas en su consideración, ahora derivadas de un juicio de abstracción jurídico formal.

Nada mejor para aportar claridad a este razonamiento, que transcribir literalmente el pensamiento de Albertario (54) quien explica estas modificaciones de la siguiente manera: “*corpus* no indica más la colectividad de personas que componen un ente, sino la unidad del ente mismo; no es más un referimiento material concreto, sino ideal y abstracto, no es la expresión de una colectividad real, sino de una unidad figu-

rativamente representada; esta mutación en sí misma considerada podemos sorprender –por reflejo, esto es por indudable influencia e interferencia entre las nuevas concepciones teológicas y la nueva concepción jurídica– en los textos del Digesto”.

(ii) Por otro lado, la *universitas* –cuya denominación deriva del adjetivo *universus*–, de utilización múltiple especialmente en la etapa post republicana, transita un recorrido semejante y paralelamente la jurisprudencia le asigna conexión explícita con la expresión conjunto, (*insieme*), de forma tal que es factible reconocerla en diversas situaciones como *universitas agrarium, aedificu, fundi, bonorum o ornamentarum*, que podría resumirse a la postre, como “el conjunto de los campos, del fundo, del edificio, de los bienes etc. etc. (55).

Sin perjuicio del empleo multívoco que pudiera haberse efectuado y del cual da cuenta cualquier análisis histórico que se realice a este respecto, su concepto general tiene un significado decididamente *abstracto*, aludiendo siempre como el *nome iuris* denominador de un *conjunto*, entendido como un *quid* idealmente destacado, e independiente y autónomo respecto de los elementos que componen este conjunto de personas o bienes.

tribus et vellet e suo quoque corpore consules creare; D. 1.2, 2, 26 Deinde cum placuisset creari etiam ex plebe consules, coeperunt ex utroque corpore constitsui; D. 50, 16, 195, 2: Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem; D. 50, 16, 195, 3: corpus quoddam servorum, non omnes servi ; D. 4, 2, 9, 1 (Ulpianus): et ideo sive singularis sit persona quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto locus erit” (quiere decir que collegium, corpus etc. son representantes de una colectividad de personas); D. 34, 5, 20, 1; (Paulus)... cui corpori autem coire non licet si legetur, legatum non valebit, nisi singulis legetur: hi enim non quasi collegium, sed quasi certi homines admittuntur ad legatum”; D. 34, 5, 20, 1 (Paulus): “cui (corpori) autem (coire) no licet si legetur, legatum non valebit, nisi singulis legetur: hi enim non quasi collegium, se quasi certi homines admittuntur ad legatum. Y concluye el autor de la cita: “Este texto expresa claramente la antítesis entre la colectividad (*corpus incertum*) y los particulares (*singoli*), *homines certi*”.

(54) ALBERTARIO, Emilio, “Studi di Diritto...”, vol. Primo, p. 101. Más allá de la observación respecto de posibles interpolaciones que puedan haber sufrido los textos que se cita a continuación, corrobora el pensamiento del autor los siguientes párrafos en particular: D. 12, 2, 34, 1 ULPIANO 26: “Defensor municipum vel cuiusvis corporis ius iurandum deferre potest si super hoc mandatum habeat”; D. 37, 1, 3, 4 Ulpianus 39 ad edictum: A municipibus et societatibus et decuriis et coporibus bonorum possessio adgnosci potest. Porinde sive actor eorum nomine admittat sive quis alius, recte competet bonorum possessio”; D. 48, 18, 1, 7: de officio proconsulis: Servum municipum posse in caput civium torqueri saepissime rescriptum est, quia non sit illorum servum sed rei publicae. Idemque in ceteris servis corporum dicendum est: nec enim plurium servus videtur ser corporis”. MARCIANO: D. 1,8,6,1, Inst. 2, 1, 6.: “Universitatis sunt, non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum. Ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur, sed inversitat (= universorum civium). et ideo tam contra civem quam pro eo posse servum civitatis torqueri divi frates rescripserunt”.

(55) ORESTANO, ob. cit., p. 164.

Además de algunas imprecisiones y debates planteados con relación a la dilucidación respecto de la época histórica que reconoce la aparición del concepto de *universitas*, el verdadero problema consiste en determinar con exactitud establecer un juicio de valor con relación a las diversas significaciones que tuvo durante su itinerario histórico, sea en la etapa clásica, post clásica o justineana, para entender por fin adecuadamente y en su cabal magnitud, la finalización del proceso cuando reviste una verdadera generalización de su aplicación práctica.

De esta manera entonces, cabe destacar el paralelismo de ambas figuras, porque tanto el *corpus* como la *universitas*, recorren iguales caminos y como consecuencia de la influencia que experimenta el progreso de la técnica romana para la apreciación de las situaciones unificantes, concluyen siendo partícipes del mismo efecto en virtud del cual a partir de un punto inicial claramente objetivo o material, consistente más que nada en la descripción o enumeración de los diferentes componentes que se subsumen el conjunto, se concluye a la finalización del mismo, mediante el reconocimiento de un ente en sí mismo considerado, de naturaleza abstracta y concebido ahora como un centro de referencia de derechos y deberes que conforman sin ninguna duda, la precisión conceptual indiscutible de una de los caracteres propios del sujeto de derecho conforme la concepción actual de la persona jurídica.

Como culminación de todo este tránsito histórico de lo concreto hacia lo abstracto, del conjunto de componentes plurales hacia la unidad, es factible encontrar una corroboración incuestionable en varios fragmentos del Digesto que quitan cualquier margen de dudas a las conclusiones precedentes a saber:

El primero de los textos expresados en el célebre de Florentino D. 46. 1. 22 "*Quod est universitates, non est singulorum*" que a nuestra manera de ver y en unas palabras, resume como pocos la metamorfosis que experimenta una pluralidad al devenir una unidad, adicionando ese *quid* insustituible que conforma la creación de un ente referencial para conformar el sujeto de derecho capaz de ser titular de derechos y obligaciones.

Nada más sencillo, pero al mismo tiempo, aunque parezca impensado en los tiempos actuales, se precisaron casi un milenio para poder absorber dentro de un concepto jurídico este tránsito sustancial de lo concreto y plural, a lo ideal y unitario, todo logrado en virtud de un juicio de abstracción inevitable para arribar a esa construcción jurídico formal.

Otro texto no menos significativo resulta el de Ulpiano en D. 2. 4. 10, en cuanto expresa que "*El manumitido por alguna corporación, colegio o ciudad, puede citar a juicio a los miembros individuales (singulo), porque no es liberto de ellos, sino de la República o de la Comunidad, pero si quiere litigar contra esta última, debe pedir la venia al Estado*".

La separación entre el ente y sus componentes resulta de toda claridad, porque no es el caso de aplicación del precepto que el esclavo manumitido no puede estar en juicio contra su exdueño, pero en el fragmento comentado, tal situación es factible que suceda, en razón que se trata de una persona distinta. Más claro imposible.

El mismo Ulpiano, ahora en D. 3.4.10 determina: "*Si los individuos de un municipio o alguna corporación nombrasen representantes para ejercer una acción, no se dirá que debe considerarse como nombrado por muchas personas, pues este interviene por la república o corporación y no por cada uno en particular*".

Nuevamente, la separación ontológica entre ente y miembros resulta corroborada a través de un texto meridiano, ya que cuando debe referirse a los alcances o efectos jurídicos de la representación explica que "interviene por la república o corporación" y "*no por cada uno en particular*".

A su vez el mismo Ulpiano según D. 3.4.7.1. concluye coherentemente su sistema lógico de razonamiento inferido de esta unificación producto del juicio de abstracción, en cuanto determina: "Si algo se debiera a una corporación, no se la debe a cada uno de sus individuos, ni lo que debe la corporación lo adeuda cada uno de ellos" verdadero apotegma moderno del concepto de alteridad que subsume el principio de diferenciación hoy puesto de relieve por la doc-

trina moderna como nota esencial del fenómeno de la personalidad jurídica.

Por último –y para no excedernos con las citas del Digesto en este sentido–, mencionaremos un texto de Marciano, en D. 1.8.6.1. el que textualmente expresa: “Son de la comunidad y no de los particulares como los teatros que hay en las ciudades, los estadios etc. etc.” texto del cual se puede establecer esta diferenciación de la propiedad en el sentido excluyente de una respecto de las otras, es decir, o pertenecen al ente ideal sujeto de derecho (*universitas*), o por el contrario se les reconoce el dominio a los particulares que la integran, pero la solución depende en forma terminante según sea admitida o no la existencia de un ente ideal sujeto de derecho atributivo de las relaciones jurídicas en general.

De todo lo expresado precedentemente, cabe formular algunas conclusiones generales que se infieren con palmaria evidencia de la transcripción de todas estas marchas y contramarchas experimentada por los institutos del derecho romano en su recorrido histórico conforme lo expresamos precedentemente, a saber.

5. Conclusiones. Los romanos, a su manera, desde sus inicios muy primitivos y estructurados sobre criterios elementales, para luego avanzar a través de una evolución en el pensamiento de institutos como el *corpus* y la *universitas*, llegaron finalmente a poner al descubierto uno de los elementos esenciales que conforman la construcción de un concepto unitario de persona jurídica, como ocurre con el “principio de diferenciación” llamado por algunos otros “alteridad”, que permite básicamente distinguir, sin ningún tipo de retaceo o estaciones intermedias, entre el ente sujeto de derecho y sus miembros, sin que pueda configurarse confusión alguna.

Para ello fue menester elevar el mecanismo de razonamiento lógico desde una descripción objetiva del componente material consistente en una agrupación de personas individuales, al reconocimiento de este *quid* superior, producto de una abstracción que permite reconocer una unidad ideal, a esta pluralidad material.

De ahí entonces que la sencillez de Florentino (D. 46. 1. 22) se ha transformado en una fórmula insuperable para describir el fenómeno asociativo: “lo que es de la universalidad, no es de quienes la componen” y a la recíproca, “lo que pertenece a sus miembros no corresponde al ente ideal”. No es posible agregar nada más a este impecable razonamiento categórico y excluyente, o uno u otro, pero nada en el medio, a mitad de camino, entre el ser y la nada, entre una imputación o atribución de relaciones jurídicas al ente o a sus componentes.

A partir de esta premisa o cimiento cultural, cabe deducir una serie de conclusiones que constituyen corolarios lógicos incuestionables inferidos del “principio de diferenciación” (56) y que los romanos despejaron con una claridad meridiana a saber:

a) Los créditos, deudas o las relaciones jurídicas en general, de los integrantes de una entidad (*corpus* o *universitas*), no corresponden atribuirse al ente en si mismo considerado; y a la inversa, los créditos, deudas o relaciones jurídicas en general imputables al ente, no pueden trasladarse a sus componentes: D. 3.4.7.1.: “*si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent*”.

b) La titularidad dominial de los bienes pertenecientes a la asociación, no se hallan en condominio o copropiedad entre sus integrantes, sino que resultan de propiedad exclusiva, separada y autónoma de la entidad: D. 1.8.6.1. : “*universitatis sunt, non singulorum*”.

c) El síndico o el actor designado por la asociación para intervenir en un juicio, representa a ésta y no a los particulares que la integran: D. 3.4.2. “*si municipes vel aliqua universitas ad agendum det actorem, non erit dicendum quasi a pluribus datum sic haberi: hic enim pro re publica vel universitate intervenit, no pro singulis*”.

d) La asociación subsiste como individualidad aparte, aunque se renueven todos sus miembros y se reduzcan a uno, o se cambien total-

(56) IGLESIAS, Juan, “Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado”, Ed. Ariel, Barcelona, 1965, 5ª ed. revisada y aumentada, p. 154. El autor de la nota formula este magnífico resumen de todas las consecuencias que se infieren del principio de diferenciación o alteridad, que los romanos fueron despejando en todas sus manifestaciones a través de los textos citados.

mente los que estuvieron al momento de su constitución: D. 3.4.7.2. *“in decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant an pars maneant vel omnes inmu-*

tati sint. sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit set set nomen iniversitatis”.

El régimen de acumulación de intereses en el Código Civil y Comercial

Por Carlos A. Ghersi

SUMARIO:

I. Introducción.– II. Régimen de las obligaciones de dar sumas de dinero.– III. Las deudas de daños son deudas de valor.– IV. Código Civil y Comercial.– V. Conclusión.

I. Introducción

El dinero es una mercancía que se comercia en el ámbito financiero y bancario a través de contratos de mutuo del que emana obligaciones de dar suma de dinero, para el cual el Código Civil y Comercial ha establecido respecto de la acumulación de intereses un régimen especial.

Por otro lado, el dinero es una herramienta de medio en el derecho de daños y también el Cód. Civ. y Com. ha establecido un régimen diferenciado del anterior y específico.

Ambos casos son régimen diferentes y que entiendo en mi modesta opinión ha modificado el plenario “Zamudio” de la Cámara Nacional en lo Civil.

II. Régimen de las obligaciones de dar sumas de dinero

El dinero -como hemos señalado precedentemente- es el fin en sí mismo, y se encuentra regulado en el parág. 6º, a partir del art. 765 al 772 del Cód. Civ. y Com.

En cuanto a los intereses en el derecho de daños, en el art. 767 prevé los intereses compensatorios **(1)** y en el art. 768, los intereses moratorios **(2)** Cód. Civ. y Com.

Es decir, el mutuo de dinero (obligaciones de dar sumas de dinero) se le imputan los intereses compensatorios por el “uso del capital” y los intereses moratorios desde la “mora” convencional.

(1) Art. 767.– Intereses compensatorios. La obligación puede llevar intereses y son válidos los que se han convenido entre el deudor y el acreedor, como también la tasa fijada para su liquidación. Si no fue acordada por las partes, ni por las leyes, ni resulta de los usos, la tasa de interés compensatorio puede ser fijada por los jueces.
(2) Art. 768.– Intereses moratorios. A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central.

Es claro que el problema se plantea en las ejecuciones judiciales, de allí que la solución está en el art. 770 del Cód. Civ. y Com.: Los *intereses devengan intereses* sólo sí:

a) una cláusula expresa autoriza la acumulación de los intereses al capital con una periodicidad no inferior a tres [3] meses;

b) la obligación se demanda judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda;

c) la obligación se liquida judicialmente; en este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda a pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo;

d) otras disposiciones legales prevén la acumulación.

En cuanto al inc. a), debemos diferenciar en el tipo de estructura contractual, si se trata de obligaciones surgidas de contratos paritario o de negociación individual, no hay intervención judicial, pues las dos partes son de similar poder y cierran las cláusulas con consentimiento **(3)** en cambio si estamos en una estructura de adhesión o de consumo puede resultar una cláusula abusiva (arts. 988 y 1094 Cód. Civ. y Com., y arts. 3° y 37 ley 26.361).

En cuanto al inc. b) (la obligación se demanda judicialmente; en este caso, la *acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda*) una vez establecidos los interés del contrato de mutuo, los *intereses judiciales* sólo pueden acumularse a los contractuales, desde la fecha de notificación de la demanda quedando establecida así la denominada “mora judicial”.

En cuanto al inc. c) (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) en

este supuesto *no hay suma líquida* -puede resultar de un contrato de adhesión o consumo-, que a petición de la parte que sostiene el abuso de los intereses, le solicite al magistrado modifique la tasa de dichos intereses (compensatorios como moratorios) del contrato, por lo cual la suma está líquida en la sentencia (capital con más intereses compensatorios y moratorios) y entonces la acumulación de intereses judiciales recién se aplican desde la fecha que la sentencia no se cumple, allí se capitaliza y se le colocan nuevos interés por la “mora judicial”.

Entendemos que la solución es adecuada asumiendo que el dinero es la mercancía final del contrato y la obligación.

III. Las deudas de daños son deudas de valor

El daño ocasionado por el incumplimiento de un contrato (que no sean obligaciones de dar sumas de dinero) y daños devenidos del campo extracontractual son “deudas de valor” donde el “dinero es sólo una herramienta de cuantificación económica”; es decir, es sólo un medio para conseguir un fin la reparación **(4)**.

El daño acaeció en un momento determinado, a partir del cual el responsable del hecho dañoso o su compañía de seguros “están en deuda”, es decir, se cristaliza la mora.

La cuantificación económica judicial es un proceso que el deudor asume a su riesgo y debe cargar con las consecuencias del mismo.

III.1. El interés moratorio: finalidad

El “hecho” derivado del concepto de la “que genera el daño” debe y es de una automaticidad en cuanto a la reparación, es decir, en ese mismo instante debe “acreditarse” de tal forma de generar un aspecto esencial de la denominada “reparación integral” o dicho en otros términos, “la reparación justo a tiempo” evitando de esta

(3) Art. 960.— Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

(4) Consultar WEINGARTEN, Celia - GHERSI, Carlos A., “Análisis económico del derecho Cuantificación económica de daños. Código Civil y Comercial”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016.

forma agravar más aún la situación perjudicial del dañado y/o damnificados (5).

El segundo argumento se deriva de la denominada “sociedad de riesgos” (6). Precisamente establece que todo agente tiene la oportunidad de asumir una determinada decisión. En nuestro caso, los dañadores y las compañías de seguro -máxime con la mediación obligatoria-, como instancia del acceso a la jurisdicción (7), deben luego, soportar las consecuencias de tal decisión.

De tal forma que quien supera la mediación negativamente “asume el riesgo” de las consecuencias del poder judicial en el “proceso” es decir el “plazo de ensanchamiento” de la reparación. Lo cual se trata de un análisis de costos y beneficios, “negociar en la mediación” y acordar una reparación, resignado -tal vez- derechos, pero liberándose, esto es un “costo” económico -pagar sin debatir el derecho en el ámbito judicial- y un beneficio, evitar el “riesgo” de ser vencido, y asumir no sólo el (riesgo) un monto mayor, sino los costes y costas del proceso judicial (beneficio en términos de proyecto económico-financiero), salvo que el doble condicionamiento beneficie a las aseguradoras

o dañadores: el efecto depreciación y el efecto inversión financiera (8).

III.2. El interés compensatorio: finalidad

Debemos analizar un tema más delicado y no fácil de comprender desde el derecho, que es la “privación alternativa del uso del capital” (art. 17 CN), de haber estado el capital en poder del dañado podría haber hecho uso alternativo del mismo (9).

Esto abarca desde colocaciones, financieras, compra de bienes o servicios, etc., pues hay un concepto “capitalista del uso del capital” (SE-CAP) que significa no lo que podía hacer efectivamente sino la “simple privación de hacerlo”.

Esta simple privación de hacerlo es la que se debe reparar, pues el capitalismo presupone que el dinero no debe estar estático -no hay que confundir con el ahorro, que siempre tiene una finalidad productiva en sentido dinámico-, pues hace a la lógica del sistema económico, cualquiera de los existentes (SECAE y SECAC) (10).

En consecuencia deben adicionarse los intereses “compensatorios” a la misma tasa de los moratorios (homogeneidad de herramientas) y

(5) Diferencia entre el interés judicial y el interés de colocación del dinero en el sistema financiero. Además, mientras el Poder Judicial siga utilizando la Ley Cavallo, no admitiendo la adecuación monetaria, cuando el propio INDeC y el Estado aceptan los índices de pérdida de valor de compra del dinero; es decir, es un absurdo, que perjudica a los dañados, la parte más débil del proceso. Como efecto indirecto, produce un “mayor costo” en la judicialización de las acciones, de tal forma que las aseguradoras utilizan el denominado “incumplimiento eficiente”, es decir, menor costo incumplir que cumplir. Véase: CALABRESI, Guido, “El costo de los accidentes de tránsito”, Ed. Ariel.

(6) Véase: BECK, Ulrich, “La sociedad del riesgo”, Ed. Paidós, Barcelona, 1996; DOUGLAS, Mery, “La aceptabilidad del riesgo en las ciencias sociales”, Ed. Paidós, Barcelona, 1996.

(7) DAVIS, Keith - BLOMSTROM, Robert, “Responsabilidad de la nueva empresa”, Ed. Marymar, Buenos Aires, 1974, p. 13. La importancia del concepto de “sistema” es que nos permite ver algo en conjunto. Esto nos hace comprender mejor el papel desempeñado por las diferentes partes y la interacción de causa y efecto dentro del sistema. Cada parte tiene su propia función, pero de algún modo afecta al total.

(8) El concepto de “depreciación” (“inflación”, en términos vulgares) consiste en la diferencia entre el número (nominalismo) que posee un billete/moneda y su valor de compra (valorismo) en un determinado lapso de tiempo (punto a punto) en relación con el precio de los bienes y servicios. Véase: GHERSI, Carlos A., “El dinero”, Ed. Rubinzal, Santa Fe, 2014.

(9) No hay que confundir con el derecho de chance, que es la “probabilidad” de que no existe seguridad y debe acreditarse, es decir, probarse en concreto. Aquí se trata de una posibilidad abstracta del sistema económico de “uso del capital”. Véase: WEINGARTEN, Celia - GHERSI, Carlos A., “Derecho de chance. Con el Código Civil y Comercial”, Ed. Nova Tesis, Rosario, 2016.

(10) “No existe duda alguna acerca de que uno de los presupuestos del derecho de propiedad sobre las cosas es el de usarlas y gozarlas, de lo cual se ve impedido quien injustamente es privado del bien (derecho de propiedad del dinero) o, como en el caso, privado de su utilización”. Lo escrito entre paréntesis es nuestro. “Cutuli, Claudio A. c. Liderar Cía. General de Seguros SA s/ ordinario”, CNCom., Sala C, del 26/10/2016. MJJ102358.

no se debe confundir con el denominado “anatomismo”, ya que se trata de la misma “herramienta económica” para dos conceptos diferentes.

IV. Código Civil y Comercial

El Cód. Civ. y Com. establece lo siguiente en su art. 1747: “Acumulabilidad del daño moratorio. El resarcimiento del daño `moratorio´ es acumulable al del daño `compensatorio´ o al valor de la prestación y, en su caso, a la cláusula penal compensatoria, sin perjuicio de la facultad morigeradora del juez cuando esa acumulación resulte abusiva”.

En el art. 1748 se establece lo siguiente: “Curso de los intereses. El curso de los intereses comienza desde que se produce `cada perjuicio´”.

Como podemos apreciar, el Cód. Civ. y Com. resuelve las dos cuestiones:

a) los intereses deben calcularse, desde el día del hecho dañoso.

b) son acumulables los intereses compensatorios (uso del capital alternativo) y los intereses moratorios (por pago fuera de tiempo y asunción del riesgo).

Dictada la sentencia: se liquida, el capital, con más los intereses moratorios y compensatorios, si el dañador o compañía de seguros no paga, se capitaliza y se inician los intereses moratorios y compensatorios nuevamente (mora judicial).

También debe adicionarse -con la pertinente prueba- el “daño moral autónomo” ocasionado al dañado por la incertidumbre del proceso judicial, como lo viene señalando la jurisprudencia.

V. Conclusión

Coincidimos con las dos soluciones del Cód. Civ. y Com., pues son las ajustadas a la realidad del capital de los sistemas capitalistas, cualquiera sea su signo y hace a la esencia de la movilidad de flujos financieros, donde debe protegerse al más débil **(11)**.

(11) Correlativamente, las cargas complementarias requeridas por el asegurador deben limitarse, en el marco de la razonabilidad exigible, a lo que sea posible de ser satisfecho, así como que se trate de solicitudes conducentes y proporcionadas a la necesidad de verificar el siniestro y la extensión de la indemnización a cargo del asegurador, pues el cumplimiento de dicha carga no debe importar la frustración del seguro a través de exigencias que exorbiten las posibilidades normales de cumplimiento y hasta la diligencia ordinaria del asegurador. “Villagra, María Eugenia c. BBVA Consolidar Seguros SA s/ ordinario”. CNCCom., Sala D, del 18/10/2016. MJJ101918 (REF: MJJ101918). “No puedo dejar de tener en cuenta que contraría a un sentido mínimo de justicia que a los empleados públicos se les descuenten mensualmente durante años (con frecuencia treinta o cuarenta años) de sus haberes primas por seguros colectivos sin riesgo alguno de incobrabilidad por parte del asegurador (dada la estabilidad del empleado público), descuentos que luego continúan cuando son jubilados y aun a los haberes de las viudas/os pensionados, para finalmente, cuando el siniestro tiene lugar se les desconozca la cobertura por aplicación `a rajatabla´ de una norma legal que establece un plazo muy exiguo (3 días) para la denuncia del mismo. La injusticia es mayúscula cuando esa misma aseguradora ni siquiera se toma el trabajo de proporcionarle una copia de la póliza a los asegurados, y se patentiza aún más cuando se advierte que el siniestro que la aseguradora se niega a cubrir es el incendio de la vivienda, que, como es público y notorio, en nuestro país raramente ocurre”. Véase “A. M. T. y ots. c. Provincia Seguros SA s/ daños y perj. Incumplimiento contractual (sin resp. Estado)”; C.ApelCiv. y Com. Mercedes (Buenos Aires), Sala 1ª, del 24/11/2016, en *elDial.com* - AA9C4A; “La incertidumbre en cuanto al pago de la indemnización produjo en el actor una angustia que ha deteriorado su calidad de vida, por lo que corresponde indemnizar el daño moral padecido” (conf. art. 522 del CCiv.); actualmente el art. 1741 del Cód. Civ. y Com.), “Agudo, Hugo A. c. Federación Patronal Seguros SA s/ daños y perjuicios”. CNCiv., sala D, del 11/11/2016. MJJ102473.

Función preventiva de la responsabilidad civil.

Aspectos generales

Por Ramón D. Pizarro

SUMARIO:

I. La función preventiva de la responsabilidad civil.– II. El deber de prevención del daño en el Código Civil y Comercial.– III. La pretensión preventiva.

I. La función preventiva de la responsabilidad civil

I.1. Caracterización

La denominada función preventiva de la responsabilidad civil (en puridad conceptual, del derecho de daños) se presenta como un complemento idóneo de las tradicionales vías resarcitorias. Es, si se quiere, la expresión más acabada del *principio neminen laedere*, que supone primero no dañar a otro y luego, si se lo daña, reparar el perjuicio causado. El no dañar a otro lleva implícito, en su misma esencia, la idea de una razonable evitación del perjuicio **(1)**.

Tanto desde el punto de vista del *damnificado*, cuanto del posible responsable, la prevención del daño es por lo general preferible a su reparación.

La equilibrada prevención del daño es beneficiosa para damnificados potenciales. Lo dicho asume mayor relieve si se tiene en cuenta el carácter comprobadamente relativo que tiene la reparación de ciertos daños, en particular aquellos que provienen de la lesión a la integridad psicofísica y espiritual de una persona. La indemnización del daño moral sufrido por el damnificado con motivo de un atentado al honor, a la intimidad, o a la integridad física, p. ej., difícilmente tendrá entidad para colocarlo en una situación cuanto menos próxima a la que se hallaba antes del hecho. Las mismas conclusio-

nes son predicables en numerosos supuestos de daño patrimonial.

Mirada desde la perspectiva del *potencial dañador*, la prevención es también útil, pues –en definitiva– también lo pone a cubierto de las contingencias dañosas que, por su gravedad y entidad, pueden llevarlo a situación económicamente difícil con motivo de las indemnizaciones que deba afrontar.

También desde una perspectiva *comunitaria*, su importancia es relevante pues todo daño incide negativamente en la sociedad, en forma más o menos directa según los casos, afectando los niveles de riqueza, de producción y la calidad de vida de los ciudadanos.

No pretendemos realizar aquí un análisis pormenorizado de esta trascendente cuestión, que tiene aristas que van más allá de lo jurídico (y de lo específicamente atinente al derecho privado), y se proyectan hacia el campo de la economía, la psicología, la sociología y la política.

Por el momento, habremos de limitarnos a señalar algunas generalidades en torno a la prevención del daño, enfocada desde la perspectiva del derecho privado, sin perjuicio de volver sobre ellas, con mayor profundidad, al tiempo de tratar algunos supuestos específicos de dañosidad, en los que asume particular relevancia (v.gr., daños por productos, daños al medioambiente, daños causados por los medios de prensa, etc.).

(1) Sobre el tema, véase: COSSARI, Maximiliano N. G., “Prevención y punición en la responsabilidad civil”, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2017, cap. II, ps. 17 y ss.

1.2. Las distintas formas de prevención

Pueden distinguirse distintas formas de prevención (2):

a) Una de carácter *general*, que opera de manera indirecta, por *disuasión* y se plasma en la amenaza efectiva de una consecuencia legal, frente a la producción determinada de un daño. Un adecuado régimen de sanciones (penales, administrativas, civiles, etcétera) puede, a veces, constituirse en un factor de prevención importante, ante el temor que generan para potenciales dañadores el incurrir en las conductas previstas por la ley (3). Desde esta perspectiva, algunas instituciones jurídicas de corte netamente sancionador –como los daños punitivos (art. 52 bis, ley 24.240)– tienen también, además, una clara función preventiva.

Como bien se ha observado, la prevención general se refiere a casos en los cuáles la prevención “surge de la decisión del propio autor de la conducta potencialmente dañosa”, ante la posibilidad de enfrentarse a consecuencias jurídicas y económicas perjudiciales, como por ejemplo, sanciones represivas de distinta índole y, en lo que a nosotros aquí nos interesa, al pago de una indemnización (4).

b) Otra, más *específica*, que tiene cabida dentro de un contexto más circunscripto de actividades riesgosas o peligrosas por su frecuencia estadística, o por la magnitud de la dañosidad potencial que encierran, o para proteger ciertos derechos que, como los personalísimos, hacen a la dignidad humana. Esta prevención se realiza, frecuentemente, mediante la imposición, a ciertos sujetos, incluidos funcionarios estatales, de deberes especiales, destinados a controlar

o aminorar los riesgos de la actividad por ellos desplegada, a través de la adopción de medidas de seguridad adecuadas, o de mecanismos orientados a impedir la consumación del daño o a detener los efectos de la acción dañosa ya iniciada. Esta última es la que aquí nos interesa particularmente.

En este ámbito puede ser el juez o un funcionario administrativo, fin quien decide sobre la posibilidad de realizar o de continuar ciertas actividades, adoptando las medidas pertinentes a tal fin (p. ej., clausuras, secuestro de bienes, órdenes de demolición de construcciones, etcétera). En otros casos los deberes específicos de prevención recaen sobre particulares, por expreso mandato legal, tal lo que ocurre con las ART en materia de seguridad laboral.

1.3. La prevención del daño no es resorte exclusivo del derecho privado

La prevención del daño debe ser procurada por las vías más eficaces y no reconoce exclusividades en ninguna de las ramas tradicionales del derecho. Va de suyo que no es una temática exclusiva del derecho privado, ni nada que se le aproxime.

Por lo pronto, hunde sus raíces antes que todo en el derecho constitucional (arts. 43 y concs.), que plasma directivas relevantes en torno al emplazamiento relevante que en ciertos ámbitos tiene la tutela preventiva. Y desde allí irradia sus efectos hacia el derecho público común (derecho administrativo), hacia el derecho privado común (derecho civil), y hacia otras áreas (derecho ambiental y de los recursos naturales, laboral, penal, entre otras), en donde la prevención es

(2) Ver: ACCIARRI, Hugo, “Elementos de análisis económico del derecho de daños”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 63, nro. III; del mismo autor, “Funciones del derecho de daños y de prevención”, LA LEY, 2013-A, 717.

(3) TUNC, André, “La responsabilité civile”, Economica, París, 1981, p. 41. En contra: PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Cómo repensar la responsabilidad extracontractual (también la de las administraciones públicas)”, en GARCÍA VITOR, Enrique de – ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo de – YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, p. 193, quien señala con ironía que si a una persona no se le previene de conducir su automóvil a velocidad excesiva, ni la amenaza de matarse o quedar gravemente lisiado, o de matar o lisiar gravemente a quienes viajan con él, ni la amenaza de la cárcel o de la privación definitiva de su licencia de conducir, difícilmente pueda hacerlo la amenaza de tener que pagar una determinada cantidad de dinero. En sentido coincidente: PREVOT, “¿Prevenir, punir o resarcir? La finalidad de la responsabilidad civil”, LA LEY, 2009-B, 747.

(4) ACCIARRI, Hugo, “Funciones del derecho de daños y de prevención”, LA LEY, 2013-A, 717, III. En contra: PANTALEÓN PRIETO, “Cómo repensar...”, ob. cit., ps. 187 y ss.

receptada como uno de los ejes y objetivos centrales del sistema (5).

No hay monopolios jurídicos en esta delicada temática. De tal modo, se impone una visión integradora de todo el derecho, absolutamente horizontal, que permita una razonable prevención de daños, compatible con la protección equilibrada de otros intereses individuales y colectivos relevantes, que pueden verse afectados si aquella deviene excesiva o irrazonable. Al igual que la punición excesiva (argum. art. 1714 *in fine*), la *prevención excesiva* es perjudicial y debe ser controlada por los jueces.

1.4. Los delicados confines de la tutela preventiva

¿Existe un derecho a prevenir los daños que puedan causarse en tales circunstancias? ¿Es posible reconocer a cualquier persona, que pueda alegar un peligro de daño –expresión entendida en sentido amplio, como lesión a intereses individuales o supraindividuales– el derecho de solicitar medidas de prevención? ¿Puede, correlativamente, admitirse un *deber* de prevención del daño específico? En caso afirmativo, ¿cuáles son los límites de tales derechos y deberes?

El tema presenta gran importancia pues, a poco de que se lo profundice, comenzarán a delinarse algunas aristas conflictivas que deben ser tenidas en cuenta a la hora de buscar soluciones equilibradas:

a) Por lo pronto, una tutela preventiva excesiva puede avanzar indebidamente sobre otros dere-

chos y libertades del potencial dañador, algunos de carácter constitucional, y llevar a una inmovilidad económica y social no deseable. Toda actividad humana genera en función de las circunstancias márgenes de riesgos de dañosidad para terceros, aún la más inofensiva. ¿Dónde poner el límite o cartabón para mensurar cuándo engendra respecto de terceros? He aquí una auténtica cuestión de política legislativa.

b) ¿Debe realizarse la prevención del daño a cualquier costo económico? Dicho de otra manera, ¿cabe adoptar costos de prevención desmedidos con el riesgo de dañosidad que la actividad genera y, en su caso, con las indemnizaciones que deban pagarse en los pocos casos en que el daño estadísticamente pueda producirse? (6) ¿Es esto eficiente desde una perspectiva económica y social? (7).

El tema requiere de una valoración prudente y realista.

En la prevención general, el dañador potencial se enfrenta a “una decisión entre el beneficio que le proporcionará realizar una actividad de acuerdo a ciertas bases (por ejemplo, adoptando cierto nivel de precauciones) y el costo que le infligirá asumir la indemnización de un daño, en caso de producirse. Luego, en ese escenario, decidirá *por sí mismo*, si emprender esa actividad o no hacerlo y qué precauciones adoptar, en su caso” (8). En tales circunstancias puede ser frecuente que opte por asumir riesgos; si los costos de prevención superan los de reparación del daño u otros que podrían eventualmente producirse (multas, etcétera), posiblemente

(5) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “La función preventiva de la responsabilidad civil”, *Revista de Derecho de Daños*, 2008-2, p. 202; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Prevención versus reparación. Daño a la persona. Derecho a la no discriminación. Daño por discriminación”, *Revista de Derecho de Daños*, 2008-2, ps. 7 y ss., en esp. nro. 8, p. 19.

(6) Díez Pícazo, Luis, “Derecho de daños”, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 48. El autor señala que si el costo de ser precavido es muy alto, y alto igualmente el beneficio que se obtiene de no serlo, porque las indemnizaciones habrán de mantenerse en márgenes aceptables, la idea de que quien no fue precavido y por ello resulta condenado, decidirá serlo en el futuro, es una idea que en términos generales es de difícil aceptación.

(7) Las doctrinas que se basan en el análisis económico del derecho ponen énfasis en estas ideas: a) El deber de prevención del daño gravita sobre aquél que puede evitarlo al menor costo posible. b) La prevención se justifica cuando los costos de evitación del perjuicio son inferiores a los que insumiría su reparación. Ver, CALABRESI, Guido, “El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil”, Ed. Ariel, Barcelona, 1984; POSNER, Richard, “Economic analysis of law”, Aspen Law & Business, Nueva York, 1998, 5ª ed., ps. 179 y ss. Entre nosotros, es de fundamental importancia la lectura de la excelente obra de ACCIARRI, Hugo, “Elementos de análisis económico del derecho de daños”, cap. III, ps. 61 y ss.

(8) ACCIARRI, Hugo, “Elementos de análisis...”, p. 62.

opte por no prevenir y estar a los riesgos de una posible producción del daño.

Sin embargo, no siempre esto es así, o al menos no siempre debería serlo. A veces, particularmente en la llamada prevención específica, el legislador no deja librada dicha decisión de prevenir o no hacerla al potencial dañador, sino que lisa y llanamente la sustrae de su ámbito de libertad de actuación y le impone deberes específicos de proceder en un determinado sentido; y no sólo a él, también a funcionarios públicos que deben controlar positivamente el cumplimiento de aquellos y adoptar las medidas pertinentes de prevención ante la violación de los estándares de conducta preventiva que ha fijado. Aun cuando ello pueda resultar anti-económico (o, en todo caso, con abstracción de sus efectos económicos). Por esa vía, la ley puede ordenar secuestrar un vehículo que no está en condiciones reglamentarias de circular, clausurar un auditorio que no tiene las medidas de seguridad requeridas para un recital con asistencia multitudinaria, etcétera. Dichas medidas pueden resultar de decisiones administrativas, o de medidas adoptadas en un proceso civil, inclusive de naturaleza cautelar (9).

A la hora de adoptar las medidas de prevención específica y los remedios orientados a impedir que el daño se produzcan, el legislador no sólo pondera imperativos económicos. Por cierto que ellos pueden (y muchas veces deben) ser tenidos en cuenta a la hora de calibrar la necesidad, razonabilidad y entidad de las medidas de tutela preventiva. Sin embargo, no son los únicos y a menudo ni siquiera los más importantes. Muchas veces la prevención puede resultar económicamente ineficiente y no obstante lo cual puede proceder de la mano de imperativos de otra naturaleza (jurídicos, políticos, filosóficos) que llevan al legislador a priorizar la protección de determinados intereses aun cuando la prevención del daño que deriva de su lesión pueda resultar más costosa que la eventual reparación del perjuicio. Esto se advierte muy nítidamente en materia de intereses económicos y espirituales ligados a la protección de la vida y la

salud de las personas y también en el derecho del consumidor y en el derecho ambiental. Va de suyo, entonces, que la prevención desde un punto de vista jurídico no se subordina a las reglas de mercado, ni a imperativos económicos, lo cual en modo alguno significa, insistimos en ello, que deba prescindir alegremente de ellos (10).

c) ¿Tiene la prevención del daño similar intensidad en todos los planos? O, acaso, hay ámbitos en donde ésta deviene en forma más *natural* que en otros. ¿Rigen las mismas pautas y criterios para prevenir el daño que deriva de un hecho ilícito *stricto sensu* o de un incumplimiento contractual? ¿Hay daños que no pueden ser prevenidos, tal los que derivan de la difusión de informaciones inexactas o agraviantes?

El tema, complejo y opinable, encuentra en el Código Civil y Comercial y en su normativa complementaria (Ley General de Ambiente, Ley de Defensa del Consumidor, Ley de Riesgos del Trabajo, disposiciones de derecho administrativo, etcétera) una regulación amplia, pasible de algunas observaciones. Procuraremos analizar sus aspectos fundamentales.

1.5. Bases normativas de la prevención del daño en el derecho argentino

En nuestro país es posible delinear la existencia de un principio de *prevención*, conforme al cual, bajo ciertas condiciones, con mayor o menor intensidad según los casos, los daños deben ser evitados, sea que puedan derivar de hechos ilícitos en sentido estricto o de incumplimientos contractuales, afecten intereses supraindividuales o colectivos o puramente individuales.

En tal sentido, hoy tenemos una regulación orgánica sustancial y procesal, que hunde sus raíces en la propia constitución nacional, se proyecta al código civil y comercial, y a las normas y principios de derecho público y también a ámbitos específicos (derecho ambiental, del consumo, del trabajo), con alcances y efectos no siempre coincidentes (11).

(9) ACCIARRI, Hugo, "Elementos de análisis...", ob. cit., ps. 62/63.

(10) Ver: LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "La función preventiva...", ob. cit., ps. 206 y ss.

(11) El panorama contrasta con el que existía al tiempo de sanción del Código Civil derogado. Vélez Sarsfield la miró con disfavor en el art. 1132 y su nota, al rechazar la *cautio damni infecti* romana. Todo cambió significa-

Dicho substrato normativo está integrado por distintas normas, sustanciales y procesales.

1.6. Tutela sustancial inhibitoria

Entre las normas que dan sustento a una teoría sustancial de la tutela inhibitoria mencionamos por su importancia, entre otras **(12)**:

a) Art. 43 CN que reconoce acción expedita y rápida del amparo, siempre que no exista otra vía judicial más idónea (eficaz), contra actos de las autoridades o de particulares que con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta y en forma actual o inminente, lesionan, restrinjan, alteren o amenacen derechos y garantías reconocidos por la Constitución, los tratados y las leyes. La acción de amparo tiene un sentido profundamente preventivo, anticipador y es la piedra angular que da sustento constitucional a toda la *tutela inhibitoria sustancial* que reconoce el derecho argentino.

El mandato constitucional es claro: se debe primero evitar el daño.

b) El régimen estatuido por los arts. 1710 a 1713 Cód. Civ. y Com., que regula el deber de prevención del daño y la acción preventiva, que habremos de analizar con detenimiento más adelante en este capítulo.

c) En materia de interdicción del ejercicio abusivo del derecho (art. 10), la ley impone al juez el deber de “ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva”, lo cual evidencia una clara función preventiva, de evitación y de cesación de la actividad abusiva con potencialidad dañosa y de sus efectos **(13)**.

d) Art. 52 permite la adopción de medidas de tutela preventiva en materia de daños derivados de la afectación del derecho a la intimidad per-

sonal o familiar, honra, imagen, identidad personal y autoriza reclamar la prevención del daño en los términos de los arts. 1710 y ss.

La solución normativa armoniza con lo dispuesto por el art. 1770, en materia de intimidad, donde se reitera enfáticamente el derecho de pedir al juez que haga cesar la actividad lesiva.

Sin embargo, la prevención del daño en estos casos tiene importantes limitaciones cuando la actividad lesiva proviene de un medio de comunicación social, a tenor de la interdicción de censura previa que emerge de los arts. 14 y 32 CN.

e) En el ámbito contractual, el art. 1032 regula la figura de la suspensión del cumplimiento, de claro corte preventivo: “Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud de cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado” **(14)**.

f) En materia de molestias ocasionadas por el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos que excedan la normal tolerancia, los jueces “pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación”, a cuyos efectos deben “ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción” (art. 1973) **(15)**.

g) En la acción de mantener la tenencia o la posesión reglada en el art. 2242, la ley dispone que el juez en su sentencia “debe ordenar el cese de la turbación y adoptar las medidas pertinentes para impedir que vuelva a producirse”, lo cual tiene un claro sentido preventivo.

tivamente luego de la sanción de la ley 17.711, que si bien no derogó aquella norma, legitimó a quien temiera que de un edificio o de otra cosa derive un año a sus bienes pudiera denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares (art. 2499, segundo párrafo, Cód. civil derogado, t.o. ley 17.711).

(12) Para un estudio completo del tema, ver: COSSARI, Maximiliano N. G., “Prevención y punición...”, ob. cit., ps. 109 y ss.

(13) Es una solución coincidente con la que establecía el art. 1071 del Cód. Civil derogado (t.o. ley 17.711).

(14) GALDÓS, Jorge, “Las funciones de la responsabilidad civil. La supresión de la sanción pecuniaria disuasiva en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial*, Ed. La Ley, 2014, Noviembre, p. 137, IV.

(15) La solución normativa es similar a la que preveía el art. 2618 del Cód. Civil derogado.

h) En la propiedad horizontal se prevé que en caso de violación por un propietario ocupante de las prohibiciones establecidas por la ley o por el reglamento, “el consorcio o cualquier propietario afectado tienen acción para hacer cesar la infracción, la que debe sustanciarse por la vía procesal más breve de que dispone el ordenamiento local” (art. 2069).

i) Art. 252, ley 19.550 que legitima la suspensión provisional de los efectos de una asamblea societaria cuya nulidad se pretende, con miras a evitar los perjuicios que ella pueda generar a quien la impugna.

j) Art. 79 de la ley 11.723 de Propiedad Intelectual, que autoriza la suspensión preventiva de espectáculos y toda medida que sirva eficazmente para proteger los derechos en ella reconocidos.

k) Art. 42, ley 24.240 de Defensa del Consumidor, que admite medidas preventivas en sede administrativa y arts. 52 y 53 de la citada ley, que concede acciones judiciales cuando los intereses de los consumidores o usuarios resulten amenazados o afectados. Sin perjuicio de ello, encontramos también varias normas en ella que lucen orientadas a la prevención del daño (arts. 4º, 5º, 6º, 37 a 39 y concs.).

l) En materia de competencia desleal, la ley 22.262 y el dec. 2284/2019 autorizan la adopción de medidas de no innovar y, en su caso, el cese o la abstención de la conducta.

m) Ley antidiscriminatoria 23.592. El art. 1º dispone que quien realice esos actos será obligado a dejarlos sin efectos o a cesar en su acción (16).

n) La Ley General de Ambiente 25.675 contiene también varias disposiciones en materia de tutela preventiva (arts. 8º, 12, 30, 32 y concs.).

ñ) Las normas sobre seguridad laboral contenidas en la ley de contrato de trabajo (arts. 75 y concs.) y en Ley de Riesgos del Trabajo 24.557 y el dec. 170/1996 (17).

o) La ley 23.551 de Asociaciones Profesionales contiene normas preventivas de conductas anti-sindicales (arts. 53, 55 y concs.).

(16) Ver: MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Prevención...”, ob. cit., p. 7.

(17) Sobre el tema, ver: MACHADO, José D. - OJEDA, Raúl H., “La prevención de los daños en el derecho laboral”, *Revista de Derecho de Daños*, 2008-2, p. 319.

(18) Ver: PEYRANO, Jorge W., “Noticia sobre la acción preventiva”, LA LEY, 2015-F, 1230.

I.7. Tutela procesal inhibitoria. Nociones

Las bases normativas de la prevención del daño se completan con los dispositivos e instituciones de carácter procesal, que son indispensables para asegurarla eficazmente, sin los cuales su eficacia devendría ilusoria (18).

Dentro de la *tutela inhibitoria procesal*, mencionamos por su importancia:

1) Las medidas cautelares, particularmente las de no innovar y las de carácter innovativo, que son esenciales para asegurar la eficacia de la pretensión deducida judicialmente y los efectos de la sentencia.

2) Las medidas autosatisfactivas, que han adquirido reciente y muy relevante desarrollo entre nosotros. Se trata de procesos urgentes, no cautelares, que no son accesorios de otra pretensión principal y se agotan en sí mismos. Ellas recaen directamente sobre aspectos materiales y sustanciales y son sin duda alguna eficaces en la matemática que nos ocupa.

Son presupuestos para su procedencia: urgencia impostergable en su promoción, ante la amenaza de lesión actual o inminente; previsibilidad objetiva de la producción del daño, conforme al curso normal y ordinario de las cosas (o, en su caso, de su prosecución, continuación o agravación); una situación de riesgo que torne justificable un pronunciamiento judicial de hacer o no hacer una determinada conducta para evitar daños irreversibles; ofrecimiento de contracautela.

II. El deber de prevención del daño en el Código Civil y Comercial

II.1. Indebido emplazamiento de la prevención del daño como función de la responsabilidad civil. Remisión

El Código Civil y Comercial de la Nación incluye a la función preventiva *dentro de la responsabilidad civil* (arts. 1710 y ss.).

Función preventiva de la responsabilidad civil...

De tal modo, la responsabilidad civil no sólo resarcir el daño injusto; también lo previene.

Conforme lo señalado anteriormente el criterio seguido es conceptualmente inapropiado. Pensamos que responsabilidad civil (entendida como lo que siempre fue, reparación del daño injustamente causado), prevención del perjuicio y punición por el derecho privado de ciertos ilícitos calificados por su especial gravedad, forman parte de una temática más amplia, que denominamos *derecho de daños* (19).

Es el *derecho de daños* (y no la responsabilidad civil), la figura que debería contener a todas las instituciones antes señaladas. Poco se obtiene englobando bajo una misma denominación –responsabilidad civil– a figuras distintas, aunque muchas veces complementarias (reparación, prevención y, según algunos, punición y precaución) (20). Ello conspira contra la pureza conceptual y funcional de cada una de ellas, y complica innecesariamente su exposición sistémica (21).

II.2. El art. 1710 Cód. Civ. y Com.

Dispone el artículo:

“Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto ella dependa, de:

a. evitar causar un daño no justificado;

b. adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

c. no agravar el daño, si ya se produjo”.

El Código Civil y Comercial consagra de manera expresa y absolutamente genérica un deber general de prevención, que hace a la esencia de la llamada responsabilidad civil preventiva. La innovación es relevante y muy significativa, pues la tutela preventiva y las acciones (pretensiones) que de ella dimanar dan lugar a un dispositivo general (22).

Se incorporan soluciones normativas que son derivaciones del principio general de no dañar a otro, pero que no tenían una regulación orgánica expresa en el régimen del Código Civil derogado. Esta norma actúa, de tal modo, como un principio fundamental del sistema, establece

(19) Conf. PREVOT, Juan Manuel, “Funciones de la responsabilidad civil. Función preventiva y sanción pecuniaria disuasiva en el Código de 1871 y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (2012)”, *Revista de Derecho de Daños*, 2014-1, p. 109, en esp. nro. II, b), ps. 114 y ss.; BUERES, Alberto J., “El futuro de la responsabilidad civil. ¿Hacia dónde vamos?”, en HERRADOR GUARDIA, Mariano (coord.), *Derecho de Daños*, Ed. Asociación Justicia y opinión SEPIN, Madrid, 2011, ps. 729 y ss.; BUERES, Alberto J. – PICASSO, Sebastián, “La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos”, *Revista de derecho de daños*, 2011-2, p. 48. En contra, defendiendo que la responsabilidad civil como institución debe tener también una función preventiva, ver: LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “La función preventiva...”, ob. cit., ps. 202 y ss.; SALVADOR CODERCH, Pablo - CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, “Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños”, Ed. Marcial Pons, 1997, p. 113. Comp.: ACCIARRI, Hugo, “Funciones del derecho de daños y de prevención”, LA LEY, 2013-A, 717, II.

(20) Para GALDÓS, la responsabilidad civil tendría dos funciones en el derecho privado actual (prevención y resarcimiento); en el derecho del consumo tres (prevención, resarcimiento y punición); en el daño ambiental se agregaría una cuarta: la precaución (“Las funciones...”, ob. cit., p. 137. La responsabilidad civil se convierte en un enorme receptáculo en el que entran y salen funciones, según el ámbito en que se aplique.

(21) BUERES señala que la prevención no puede “erigirse en una función normativa de la responsabilidad, debido a que un sujeto piense ex ante que si daña tendrá que pagar una indemnización; ni tampoco porque ex post una sentencia judicial le imponga la obligación resarcitoria. En todo caso, esas conductas que deberían asumir espontáneamente las personas en sociedades civilizadas y respetuosas del prójimo y de la ley, y que muchísimas veces no se observan, son actitudes psicológicas de hecho que carecen de alcance normativo; son como bien destaca Pantaleón Prieto, un subproducto fáctico de la compensación” (BUERES, Alberto J., “La responsabilidad por daños en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, LA LEY, 2013-A, 835. En sentido coincidente: PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Cómo repensar...”, ob. cit., p. 196; PREVOT, Juan Manuel, “¿Prevenir...”, ob. cit., 747, nros. I y II.

(22) ACCIARRI, Hugo, “Elementos de análisis económico...”, ob. cit., ps. 68/69; COSSARI, Maximiliano N. G., “Prevención y punición...”, ob. cit., ps. 53 y ss., en esp. ps. 60 y ss.

un principio general de prevenir el daño, bajo ciertas condiciones, al tiempo que legítima –de manera insuficiente, veremos luego–, a quien ha contribuido a evitar el daño para que, en caso de ser responsable un tercero pueda reclamarle los gastos en que haya incurridos para evitarlo.

Se trata de un dispositivo novedoso, sin precedentes en el derecho comparado, que a primera vista seduce por la finalidad que persigue: evitar la causación de un daño o neutralizar los efectos de una acción dañosa ya iniciada pero todavía no consumada totalmente (23). Mejor prevenir que curar. ¿Quién podría no estar de acuerdo con ello?

Sin embargo, a poco que se profundice la cuestión, saltan a la vista algunos delicados problemas que deben ser dilucidados para lograr que la norma tenga una aplicación realista y sensata y, sobre todo, para evitar que se convierta en un semillero inagotable de pleitos.

La mayor virtud de esta normativa si es bien interpretada, puede convertirse en su mayor defecto si es mal interpretada: su textura abierta y flexible. Ella modela un estándar de conducta legítima esperable (y de su contracara, que es la antijuridicidad por omisión de esa conducta esperable) en base a criterios sumamente laxos, que dependen de una ponderación fáctica y normativa que puede variar radicalmente según el intérprete. Con todos los riesgos (inevitables, por cierto) que ello genera. Es algo parecido a un excelente instrumento musical. Puesto en manos de un buen intérprete sonará maravillosamente y hará las delicias del auditorio. Pero en manos de otro sin aquella habilidad emitirá sonidos horribles que torturarán a quienes escuchan.

El art. 1710 impone a *toda persona* el deber de evitar “en cuanto de ella dependa” causar un daño no justificado; y de adoptar “de buena

fe y conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud”.

“En cuanto de ella dependa”, “de buena fe y conforme a las circunstancias” y “medidas razonables” son parámetros de determinación de conductas muy laxos, flexibles, abiertos que necesariamente terminan modelándose en base a un margen de discrecionalidad subjetiva evidente. Lo que debe conducir al intérprete a extremar los recaudos para que la norma sea interpretada con razonabilidad. Lo dicho asume mayor relieve si se pondera que todo enfoque que se realice impactará en mayor o menor medida sobre el principio de reserva que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional, rectamente interpretado, pues nadie está obligado a hacer lo que el ordenamiento jurídico integralmente considerado no manda, ni impedido de hacer lo que éste no prohíbe.

El problema frente a normas como el art. 1710 anida en que no siempre se puede predeterminar con razonable precisión y objetividad qué es aquello que la ley manda y qué es aquello que prohíbe. Dependerá del intérprete –en particular, del abogado y del juez– que este “instrumento musical” deleite al auditorio y cumpla con la finalidad bien intencionada que ha perseguido el legislador, que nosotros compartimos plenamente.

II.3. Sobre quién recae el deber de prevención

La ley es clara: sobre “toda persona”. Toda persona incluye lógicamente al Estado, a pesar de la inaplicabilidad de las normas del Código Civil que surge de los arts. 1764 y 1765 (24). Sería escandaloso sostener una solución contraria. Más aún: el deber de prevención que pesa sobre un particular razonablemente no debe ser

(23) La solución normativa hunde sus raíces en el Proyecto de 1998 (arts. 1585, cuyos textos reproduce textualmente. Ver: PICASSO, Sebastián – SÁENZ, Luis R. J., “La prevención del daño en los proyectos de reforma”, *Revista de Derecho de Daños*, 2008-2, ps. 435 y ss.; RIVERA, Julio C., “Ideas directrices del sistema de responsabilidad civil en el Proyecto de Código de 1998”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año XLV, nro. 38, ps. 64 y ss.

(24) TAWIL, Guido, “Exigibilidad frente al Estado del deber de prevención del daño”, *LA LEY*, 2015-F, 482; ALFERILLO, Pascual, “Comentario al art. 1710”, en ALTERINI, Jorge H. (dir.), “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético”, t. 5, p. 14; LEIVA, Claudio F., “Una propuesta de delimitación del deber de prevención del daño en el Código Civil y Comercial”, *LA LEY* del 27/07/2016, p. 1, II. También: ROSATTI, Horacio, “La responsabilidad del Estado por la falta de previsión, prevención o precaución”, *Revista de Derecho de Daños*, 2008-2, p. 99.

superior al que en idénticas circunstancias correspondería al Estado.

Por tal motivo, con abstracción e independencia de lo que puedan disponer en su ámbito específico normas de derecho público, el art. 1710 se aplica a la responsabilidad preventiva del Estado, no de manera directa, o subsidiaria, sino por *analogía*. La analogía supone una suerte de transformación de las normas adaptándolas al sector donde se aplica. En el tema que nos ocupa, ella debe realizarse sin mayores dificultades, pues no hay principio alguno de derecho público que esté en pugna con el régimen normativo estatuido por el Código Civil y Comercial en materia de prevención del daño. Antes bien, todo lo contrario.

La locución “toda persona” comprende no sólo a quien puede causar el daño con su acción u omisión, sino también a terceros que no generaron el peligro pero que están en posibilidad de evitar el suceso dañoso, o mitigar sus efectos. Ello incluye también a la posible víctima del daño (25).

II.4. Las conductas exigibles

Son tres. Dos de ellas hacen estrictamente a la prevención del daño [art. 1710 incs. a) y b)]; la tercera [art. 1710 inc. c)] plasma una situación distinta: la carga del damnificado de evitar el agravamiento del perjuicio.

II.4.1. Evitar causar un daño no justificado

La ley impone como conducta preventiva a toda persona, en cuanto de ella dependa, el deber jurídico de evitar causar un daño no justificado.

Evitar, conforme al Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española significa “apartar algún daño, peligro o molestia, impidiendo que suceda”.

La evitación del daño no es impuesta en términos absolutos. Para que ella sea exigible es preciso que la causación del daño provenga de una conducta antijurídica, entendida en los términos del art. 1717. Una acción u omisión es antijurídica cuando causa un daño no justificado. Va de suyo que no hay deber de evitación de daños provenientes de hechos que podrían estar justificados.

Es preciso, que la evitación del daño *dependa del sujeto*, lo cual supone que él tenga poder o autoridad, por sí o por terceros, para gobernar el desenlace de los hechos (26). La ponderación debe ser realizada atendiendo a las circunstancias del caso, en base a estándares de causalidad adecuada (27), calibrados a la luz del principio de la buena fe y de la regla que veda el ejercicio abusivo de los derechos y libertades (28). Nadie está constreñido a lo imposible, ni a cargas desmesuradas; menos aún a actos de heroísmo o de inmolación (29). Por eso la imposición de deberes preventivos en modo alguno puede entrañar sacrificios desmedidos ni un peligro injustificado o excesivo para el principio de libertad que el art. 19 de la CN consagra. Es preciso que las circunstancias concretas impongan al sujeto un deber de actuar efectivo. Una solución contraria “desnaturalizaría la esencia misma de la antijuridicidad por omisión, con grave riesgo para la libertad” (30).

Lo señalado anteriormente guarda armonía con los propios estándares que utiliza la Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad del Estado por omisión del poder de policía

(25) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, Ed. Alveroni, Córdoba, 2015, t. I, p. 183.

(26) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “La función preventiva de la responsabilidad civil”, LA LEY, 2015-C-726, quien señala que el deber de prevención está en cabeza de quien dependa prevenir, “siempre que se encuentre dentro de su esfera de control”.

(27) COSSARI, Maximiliano N. G., “Prevención y punición...”, ob. cit., ps. 66/67.

(28) Las “libertades” son también derechos subjetivos, sin que obste para esta conclusión que no sean ejercitables contra un sujeto determinado sino ante toda la comunidad. Como bien lo señala BIDART CAMPOS, Germán J.: “...la libertad jurídica atribuida al hombre aparece como verdadero derecho subjetivo. Con el ejercicio de esa libertad jurídica, lo que yo hago u omito bajo su protección es capaz de producir efectos jurídicos, o sea efectos que el derecho recoge en su ámbito” (“Tratado elemental de derecho constitucional”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1988, t. I, p. 251).

(29) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad...”, ob. cit., p. 186.

(30) TOBÍA, Marcela - PIZARRO, Ramón D., “Omisión antijurídica, obligación de seguridad y daño moral”, JA, 2000-II-294.

de seguridad, materia ligada estrechamente a la prevención del daño, de la cual es una de sus contrapartidas. El tema tiene importancia pues no parece razonable modular los deberes de prevención de los particulares de un modo más estricto del que la Corte Suprema pregona con relación al propio Estado.

En “Mosca” (31) el Alto Tribunal sostuvo:

1. Cuando se trata de una actividad no reglada de la administración pública, para calibrar dicha omisión (y, decimos nosotros, el cumplimiento o incumplimiento de los deberes de prevención que son exigibles en el caso concreto), debe ponderarse la naturaleza de la actividad. “La mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado nacional o provincial, no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (Fallos 312:2138; 313:1636; 323:3599; 325:1265 y 3023; 326:608, 1530 y 2706)”.

2. La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar.

3. El servicio de seguridad “no se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros. Consagrar una regla de este tipo es una decisión que el legislador no ha tomado, y que no registra antecedentes en el derecho comparado. Por lo demás, sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no sólo insosteniblemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger”.

4. El deber de evitar daños existe en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables.

5. El deber de prevención debe modularse atendiendo al lazo que une a la víctima con el servicio, o sea con quien debía en caso prevenir.

6. Siempre debe estarse al grado de previsibilidad del daño, conforme a la capacidad razonable de prever el curso normal y ordinario de las cosas.

Estos estándares son plenamente aplicables a la hora de interpretar los arts. 1710 a 1713 Cód. Civ. y Com.

El deber de prevención sólo existe con relación a daños no justificados (art. 1710), “lo cual debe interpretarse en el sentido de que la causación o la no evitación de daños debe provenir de una *conducta antijurídica*” (32). Únicamente hay deber de evitar daños que derivan de conductas contrarias al ordenamiento jurídico integralmente considerado, y no cuando éstos sean legítimos.

La omisión del deber de evitar causar un daño no justificado puede proyectar sus efectos en el plano resarcitorio. Plasma en esencia un proceder antijurídico por omisión que unido a los demás elementos (factor de atribución, daño y relación causal adecuada) genera obligación de resarcir. Sin embargo, aparece más ligado a un estándar de responsabilidad subjetiva (modelado atendiendo a la conducta esperada omitida por el agente por el agente), que a la responsabilidad objetiva, en donde el ámbito de la prevención nada agrega o quita para que ella se configure. Quien responde por riesgo creado, por ejemplo, lo hace haya o no adoptado las medidas de prevención para evitar causar el daño.

II.4.2. Adoptar las medidas para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud

II.4.2.1. Alcance de la solución normativa

Se impone a toda persona, en cuanto de ella dependa, el deber jurídico de adoptar *de buena fe y conforme a las circunstancias*, las medidas

(31) CS, 06/03/2007, “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, Fallos 330:563.

(32) ZAVALA de GONZÁLEZ, “La responsabilidad...”, ob. cit., p. 184.

razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud [art. 1710 inc. b)].

A diferencia del supuesto contenido en el inc. a), estamos ahora ante situaciones de peligro o agravación de daño *originadas en la acción u omisión de terceros extraños o, inclusive, fortuitas* (33). No es menester certeza absoluta “de que sobrevendrá el daño que amenaza, sino razonable previsibilidad al respecto” (34).

La solución normativa, de muy pobre técnica legislativa, no tiene antecedentes en el derecho comparado, lo cual no debería sorprender; si no interpretada criteriosamente puede terminar convirtiendo a cualquier persona en protagonista activo y destinatario del deber de evitar, en cuanto de ella dependa, daños que no serían causados por ella, ni por terceros por cuyo hecho debe responder, ni por cosas de las que es dueña o guardián. Ello parece excesivo, aunque se atenúe dicho deber de prevención utilizando el maquillaje de expresiones tales como “en cuanto de ella dependa”, “de buena fe y conforme a las circunstancias” y “medidas razonables”.

Nosotros creemos que la solución normativa, aunque bien intencionada, es objetable pues plasma la idea de que, como regla, existe un deber de prevención que impone a toda persona evitar bajo ciertas condiciones daños que no serían causados por ella, ni por personas por cuyo hecho deba responder o por cosas de las que sea dueña o guardián.

Pierde de vista que en nuestro sistema existe un derecho general de no actuar, de mantenerse pasivo, ligado a la libertad, que sólo reconoce como excepciones:

1. Cuando una norma impone actuar en determinado sentido y el agente omite hacerlo. Era el criterio que contenía el art. 1074 del Cód. Civil anterior, al menos en su letra.
2. Cuando pueda configurarse un abuso del derecho de abstenerse de actuar, o sea de la liber-

tad de no hacerlo, supuesto en el cual también podría configurarse un caso de responsabilidad por omisión. Era la interpretación que en los últimos cuarenta años se propiciaba mayoritariamente del art. 1074 del código anterior, flexibilizando su texto en concordancia con lo que disponía el art. 1071.

Nos parece que ésta es la interpretación que debería formularse al art. 1710 inc. b).

Adviértase que en modo alguno se configura el abuso del derecho de no actuar, de permanecer pasivo, por el mero hecho de mantenerse pasivo frente al riesgo de que pueda producirse un daño por causas extrañas a su esfera de actuación. Menos aun cuando una intervención preventiva pueda generar al agente un peligro de sufrir daños.

No hay un deber general de actuar en el caso que nos ocupa, que tenga anclaje en el art. 19 de la Constitución Nacional, como algunos pregonan, ni en el art. 1710 inc. b) Cód. Civ. y Com. (35). Existe, por el contrario, un derecho (libertad) de no actuar frente a situaciones de dañosidad extrañas a la esfera de incumbencia del agente, ligado a la libertad como garantía constitucional, del que sólo cabe apartarse cuando una ley disponga lo contrario, o cuando a la luz de las circunstancias del caso y del principio de la buena fe, la pasividad del agente (o sea la no evitación del perjuicio mediante la adopción de medidas razonables a tal fin que podrían haberse tomado sin riesgos), importe un proceder abusivo en los términos del art. 10 del Cód. Civ. y Com., o manifiestamente reñido con la buena fe, el orden público, la moral y las buenas costumbres. En tal caso, el carácter abusivo de esa abstención debe ser ponderado atendiendo a las circunstancias de persona, tiempo y lugar, y muy en particular, a las posibilidades materiales y jurídicas de la persona para actuar (36).

Sólo cuando resulte claro e inequívoco la existencia de dicho abuso del derecho podrá proclamarse la existencia de una responsabilidad por

(33) La evitación del daño causado por el propio agente está contemplada en el inc. a) del art. 1710.

(34) ZAVALA de GONZÁLEZ, “La responsabilidad...”, ob. cit., p. 189.

(35) C. Apel. Civ. Com., Azul, sala II, 15/05/2016, LL, AR/JUR/24683/2016.

(36) OSSOLA, Federico, “Responsabilidad civil”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, nro. 114, b, p. 175.

omisión. Ante la duda, no cabe responsabilizar al agente.

Para calibrar si hay un abuso del derecho de no actuar y violación en tal caso del deber de prevención que impone el art. 1710 inc. b) debe tenerse que en cuenta el contenido de ese mandato es diferente y varía según el sujeto a quien se encuentra dirigido en el caso concreto.

Hay personas que tienen el deber de actuar imperativamente para evitar daños que podrían ser causados por terceros o por circunstancias fortuitas, por ejemplo, en razón de pesar sobre ellas un deber legal, o una obligación expresa o tácita de seguridad, o una relación de confianza especial con el damnificado.

En el otro extremo, como regla, nadie está obligado a realizar actos de abnegación o altruismo que pongan en peligro su vida o su salud (37).

Como regla, rige el principio de libertad de abstención, o sea de no hacer nada frente a tal contingencia. Sólo excepcionalmente, cuando a la luz del principio de la buena fe y conforme a las circunstancias del caso, pueda inferirse que la no evitación del perjuicio, pudiendo hacerlo, importe un proceder abusivo, podrá ver comprometida su responsabilidad por violación a lo dispuesto en el art. 1710 inc. b).

II.4.2.2. La inadmisibles restricción indemnizatoria contenida en el art. 1710 inc. b)

Dispone dicha norma en su parte final: “si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa”.

La solución normativa merece estas reflexiones:

1. La acción contra el tercero que podría haber sido responsable del daño que se pretende es la

de enriquecimiento sin causa, y se circunscribe únicamente a los gastos en que incurrió.

2. Dicha acción constituye solamente “una de las hipótesis en que el agente de la prevención tendría que ser compensado por sus gestiones” (38). Sólo contempla el supuesto de menoscabo económico sufrido por quien incurre en gastos (daño emergente) al evitar la producción de un daño del cual un tercero sería responsable (o para disminuir sus efectos); pero deja al margen de tratamiento el caso de daños patrimoniales de otra naturaleza (lucro cesante) y el daño moral. Tampoco resuelve el problema que se plantea cuando el daño que se pretende evitar ni siquiera sea potencialmente atribuibles a un tercero; tal lo que sucede con aquel que heroicamente se introduce en una vivienda incendiada a raíz de la caída de un rayo, para salvar a un niño que se encuentra en su interior y sufre graves quemaduras.

3. El buen sentido jurídico también impone, en los supuestos antes indicados, cuanto menos una reparación de equidad, por interpretación analógica de los arts. 1718 inc. b) *in fine* y 1742 Cód. Civ. Y Com. y como única forma de que el deber de prevención que consagra el art. 1710 inc. b) pueda tener una aplicación justa y sensata. Es poco serio imponer deberes de prevención como los que establece esta norma y retacear la compensación solamente al reintegro de gastos por aplicación del enriquecimiento sin causa.

II.4.2.3. Deber de no agravar el daño ya producido. ¿Un supuesto de prevención del daño?

Está contemplado en el art. 1710 inc. c) y no constituye técnicamente un supuesto de prevención del daño, sino una carga de minimización o mitigación del perjuicio ya producido, en cabeza del propio damnificado (39).

La figura reconoce su origen en la constitución justiniana del año 531, en la determinación del *quantum respondatur* (C7, 47) y en el libro XVIII

(37) Al adagio “mejor prevenir que curar” se le opone en este caso, otro: “la caridad bien entendida empieza por casa”.

(38) ZAVALA de GONZÁLEZ, “La responsabilidad...”, ob. cit., p. 194.

(39) Sobre el concepto de carga del acreedor y su diferencia con el deber jurídico, remitimos a PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., “Tratado de obligaciones”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017 (en prensa), t. II, cap. X, nro. 289.

del Digesto (“Del riesgo por los beneficios de la cosa vendida”). Desde allí se proyectó al derecho anglosajón, bajo la denominación *mitigation of damages* y al derecho francés, a través del pensamiento de autores de la talla de Domat, Pothier, Demogue y Tunc, entre otros. Más modernamente ha tenido expresa recepción normativa en los códigos de Alemania (art. 254), Italia (art. 1373), Quebec (art. 6:101), y más recientemente de Francia (art. 1479, conforme reformas del año 2016), entre otros. También la receptan, el art. 77 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercadería, los Principios de Unidroit sobre Contratos Internacionales (arts. 7.4.8), los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), arts. 9.503 a 9.505, el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), arts. 3:705 y los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (art. 8:801).

En nuestro derecho tiene antecedentes en el art. 37 de la ley 17.418.

Quien sufre un daño tiene la *carga* (y no el deber jurídico), en cuanto de él dependa, de no agravar el daño ya producido. Se trata de un imperativo impuesto por el principio de la buena fe, ligado también al principio de la reparación plena.

A diferencia de los supuestos de prevención del daño previstos en los incs. a) y b) del art. 1710 el supuesto que aquí nos ocupa plasma en esencia un problema de mitigación del perjuicio ya producido, o sea su no agravamiento.

Hay claras diferencias con la prevención del daño reglada en los referidos incisos, que habrían justificado su tratamiento en una norma independiente.

1. La prevención del daño importa un sistema de alerta permanente frente al peligro o amenaza de daño, que es reactivo ante a su potencial ocurrencia. La mitigación, en cambio, presupone un daño ya consumado y medidas adecua-

das para mitigarlo, o sea para impedir que se agrave.

2. Quien previene, anticipa el daño y lo evita; quien mitiga, no evita el daño, simplemente aminora su agravamiento.

3. La prevención del daño conduce al reembolso de los gastos en que incurrió quien previno el daño. La mitigación prevista en el art. 1710 inc. c) sólo produce el retaceo del monto indemnizatorio como consecuencia del incumplimiento de la referida carga.

4. La prevención del daño prevista en el art. 1710 incs. a) y b) plasma en esencia un deber jurídico, cuya omisión genera un proceder antijurídico apto para comprometer su responsabilidad civil si concurren los demás elementos que configuran esta última. El imperativo de no agravar el daño no importa técnicamente un deber jurídico, sino, tan solo, una carga para el acreedor. Su omisión no lo hace incurrir en responsabilidad; simplemente lo priva del derecho de reclamar la reparación del daño en la medida en que su conducta haya coadyuvado para el agravamiento del daño.

La figura que nos ocupa no debe, tampoco, ser confundida con la culpa o hecho de la víctima, pues a diferencia de ésta se produce y valora después de producido el evento generador.

III. La pretensión preventiva

III.1. Caracterización

Es la pretensión que se promueve en sede judicial y tiene por finalidad evitar la producción de un daño, su agravamiento o continuación (40). Peyrano la describe como aquella “que puede tener por destinatarios a particulares o entidades públicas y que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme al curso normal y corriente de las cosas, a partir de una situación jurídica existente” (41).

(40) La denominación “acción” que emplea la norma es impropia. Una cosa es el derecho de acceder a la jurisdicción en busca de una respuesta jurisdiccional (acción) y otra muy distinta es el contenido que tiene esa respuesta, “el bien de la vida al que se aspira a través de ese accionar (pretensión)” (MEROI, Andrea, “Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños”, RCCyC, 2016, abril, p. 70, I.

(41) PEYRANO, Jorge W., “Noticia...”, ob. cit.

Está conceptualizada en el art. 1711:

“Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

Se trata de una pretensión preventiva genérica, de carácter autónomo e inhibitorio, orientada exclusivamente a la obtención de aquél resultado. De resultar triunfante, se traducirá en un mandato de dar, hacer o de no hacer algo, orientado a revertir o modificar la situación que genera el riesgo de dañosidad que determina su promoción.

No tiene carácter excepcional, ni subsidiario, ni debe ser objeto de interpretaciones restrictivas, lo cual en modo alguno significa que sus extremos de aplicación no deban ser objeto de una ponderación rigurosa por el juzgador (42). Tampoco exige que no exista una vía judicial más idónea (43).

Si bien la pretensión preventiva es autónoma, nada impide que pueda ser articulada de manera conjunta con otra de naturaleza resarcitoria, particularmente cuando se trate de hacer cesar conductas dañosas ya iniciadas que han generado secuelas de dañosidad (44).

La acción preventiva puede plasmarse por distintos caminos adjetivos; ya como una acción autónoma independiente, o por otras vías procesales de tutela inhibitoria, a título accesorio, principal o complementario de otro objeto procesal (45). Entre ellas mencionamos por su importancia, las medidas cautelares, las autosatisfactivas, la tu-

tela judicial anticipada, la acción de amparo y de habeas data, los procesos inhibitorios comunes, el pedido de resarcimiento inmediato de daños no cuestionados en la demanda, etcétera.

III.2. Requisitos

Son requisitos de procedencia de la acción que nos ocupa (46):

a) *Una acción u omisión con razonable aptitud causal para generar un peligro de daño no justificado.*

La pretensión luce orientada, precisamente, a que el demandado haga o deje de hacer algo que, con razonable aptitud causal, puede generar un daño no justificado.

Es irrelevante la identidad del agente; sea una persona humana o jurídica, pública o privada, la solución es la misma. La tutela inhibitoria procede, de tal modo, contra particulares y contra el propio Estado y sus funcionarios públicos (47).

Se exige la presencia de una acción u omisión *actual*, que sea idónea para producir un daño futuro (o para provocar su persistencia o agravamiento), “haciendo nacer así en el afectado un interés para promover una acción preventiva y conseguir el dictado de una sentencia de mérito sobre el particular” (48).

El demandante debe acreditar la vinculación razonable entre la actividad o inactividad ilegítima del demandado y el daño que conforme a estándares de causalidad adecuada podría derivar como consecuencia inmediata o mediata previsi-

(42) ZAVALA de GONZÁLEZ, “La responsabilidad...”, ob. cit., ps. 206/206; NICOLAU, Noemí, “La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional”, LA LEY, 1996-A, 1245; PEYRANO, Jorge W., “Más sobre la acción preventiva”, LA LEY, 2016-A, 1221.

(43) PEYRANO, Jorge W., “Más sobre...”, ob. cit.

(44) PEYRANO, Jorge W., “Más sobre...”, ob. cit.

(45) Conf. ZAVALA de GONZÁLEZ, “La responsabilidad...”, ob. cit., p. 232/233. En contra, OSSOLA, Federico “Responsabilidad civil”, nro. 115, a), p. 176, quien considera que la acción que nos ocupa requiere de un proceso independiente, diferenciado de aquellos otros en los que “de manera provisoria y aun coincidiendo con la pretensión sustancial, se disponen medidas de tutela anticipada o la medida innovativa, que claramente encuentran ahora su fundamento en el principio de prevención, pero que dependen de una resolución ulterior. Aquí, por el contrario, la prevención en sí misma es la única pretensión”.

(46) ZAVALA de GONZÁLEZ, “La responsabilidad...”, ob. cit., p. 211; OSSOLA, Federico, “Responsabilidad civil”, nro. 115, b), ps. 177/178.

(47) TAWIL, Guido, “Exigibilidad...”, ob. cit., 482.

(48) PEYRANO, Jorge W., “Noticia...”, ob. cit.

ble de aquella (49). No se exige demostración de la certeza del daño que amenaza; basta con una probabilidad o previsibilidad objetiva y seria (50).

Coincidimos con Zavala de González en el sentido de que las restricciones legales que “coartan medidas cautelares o de otro modo inhibitorias contra el Estado pueden resultar inconstitucionales, si impiden una protección preventiva eficaz, o introducen desigualdades incoherentes con el tratamiento jurídico de las víctimas ante otros sujetos pasivos, no justificadas por intereses públicos, que deben ser prevalecientes al interés también público que asiste al pretensor” (51). La prevalencia debe ponderarse en el caso concreto.

b) *La conducta riesgosa debe ser antijurídica.* No cualquier acción u omisión puede dar lugar a la acción preventiva. Es preciso que ella sea antijurídica, o sea contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado (52). Va de suyo que no procede frente a actos lícitos. Esto explica que no procedan medidas de tutela preventiva frente a daños que pueden ser consecuencia de la actividad legítima de la administración pública, aun cuando ésta sacrifique intereses individuales en beneficio del interés general (53).

Se trata de una exigencia absolutamente razonable, pues, de lo contrario, se avanzaría indebidamente sobre derechos y libertades que la constitución reconoce a otras personas, cuyo ejercicio regular puede generar perjuicios a terceros. Ello

resultaría inconveniente también desde una perspectiva económica y terminaría condenando a la inercia con evidente perjuicio social.

Precisamente, en derredor de este punto se han formulado dos enfoques aparentemente disímiles.

1) Vázquez Ferreyra requiere que la antijuridicidad de la conducta que hace previsible la producción de un daño sea *formal* (54). Pretende con ello –*prudentemente*– acotar el ámbito de esta acción y evitar los riesgos de enfoques desmesurados. Conviene señalar, sin embargo, que el distinguido jurista rosarino incluye dentro de la antijuridicidad formal también a la conducta abusiva en los términos del art. 10 Cód. Civ. y Com. El abuso del derecho es, en nuestra opinión, es un supuesto de antijuridicidad material. De aceptarse este criterio, la postura se flexibiliza significativamente y se aproxima a la otra, que pasamos a considerar.

2) Otros autores, en cambio, en posición que compartimos, afirman que nada impide que la antijuridicidad sea también material, en toda su plenitud (55). En palabras de López Herrera, “sólo puede ser antijurídica una omisión si existe un deber legal de actuar para prevenir el daño. Esa antijuridicidad no tiene que ser formal, sino comprensiva del ordenamiento jurídico todo. Es decir, que allí donde exista un deber de actuación, impuesto por la ley, reglamento, tratado internacional o por una tendencia jurisprudencial, se podrá plantear la acción preventiva” (56).

(49) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “La función...”, ob. cit.

(50) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “La función...”, ob. cit.

(51) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad...”, ob. cit., p. 212.

(52) Las conductas abusivas quedan incluidas lógicamente dentro del ámbito de antijuridicidad (argum. art. 10). Conf. ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad...”, ob. cit., p. 215; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “La función...”, ob. cit.

(53) Comp. GALDÓS, “La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto”, LA LEY del 11/06/2012, 1.

(54) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material”, RCCyC, 2016, abril, p. 3.

(55) BESTANI, Adriana, “Acción preventiva y omisión precautoria en el nuevo Código Civil y Comercial”, RCyS, 2016-III, 26; de la misma autora, “La antijuridicidad en la acción preventiva del Código Civil y Comercial”, LA LEY del 18/08/2016, p. 1; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Comentario al art. 1711”, en RIVERA, Julio C. – MEDINA, Graciela (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación, t. IV; PEYRANO, Jorge W., “Noticia...”, ob. cit.; COSSARI, Maximiliano N. G., “Prevención y punición en la responsabilidad civil”; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “La función preventiva de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en PEYRANO, Jorge W. (dir.) – ESPERANZA, Silvia L. (coord.), *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 392.

(56) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Comentario al art. 1711”, ob. cit. En nuestra opinión, una tendencia jurisprudencial no puede ser ponderada como parámetro determinante de la antijuridicidad material.

3) Están, inclusive, quienes piensan que un acto lícito dañoso o con potencialidad dañosa puede dar lugar a medidas de tutela preventiva, aunque deban ser apreciadas “más restrictivamente porque en tal supuesto no rige la presunción de admisibilidad” (57). En nuestra opinión la antijuridicidad de la conducta prevista en el art. 1717 es condición de procedencia de la medida de tutela anticipada y no una mera presunción de admisibilidad.

4) Nosotros creemos que lo que se requiere es que de manera clara e inequívoca exista un deber de actuar para prevenir el daño, emergente del ordenamiento jurídico integralmente considerado. Ella puede surgir no sólo de lo que formalmente establezca una norma, sino también de todo un plexo que se integra con los valores y principios fundamentales que emergen de aquel (58). Se incluye aquí el abuso del derecho, el fraude a la ley, la regla moral, las buenas costumbres y el orden público.

La antijuridicidad se predica de la conducta, no del resultado. Es importante poner esto de relieve pues toda acción u omisión que causa un daño es antijurídica salvo que medie causa de justificación. En cambio, la sola amenaza de daño no reviste por sí sola ese carácter. No puede proclamarse seriamente que toda amenaza de daño es antijurídica salvo que medie causa de justificación. Ello, además de carecer de basamento normativo, conduciría a consecuencias absurdas, pues terminaría legitimando acciones preventivas contra conductas lícitas, por la mera posibilidad de que ella pueda ser generadora de posibles daños.

Cabe, por ende, descartar que “todo acto potencialmente dañoso viabilizaría la acción preventiva, en razón de que ese eventual daño comunicaría su ilicitud a la conducta que se quiere evitar” (59).

En todos los casos debe hacerse un juicio de valor en concreto, para evaluar con perspectiva axiológica si en el caso bajo análisis corresponde actuar, sopesando equilibradamente todos los intereses comprometidos.

(57) GALDÓS, “La responsabilidad...”, ob. cit.

(58) PEYRANO, Jorge W., “Noticia...”, ob. cit.; del mismo autor, “La acción preventiva”, p. 66.

(59) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “La función...”, ob. cit..

(60) Sobre el tema, PIZARRO, Ramón D., “Daños por noticias inexactas o agraviantes”, LA LEY 2000-C, 1380, cita online: AR/DOC/8851/2001.

Los estándares de valoración son más flexibles para la procedencia de la acción preventiva, cuando la amenaza de daño previsible proviene de la lesión a intereses patrimoniales o espirituales ligados con la vida y a la integridad psicofísica y espiritual de una persona, o a intereses individuales o colectivos relacionados con la protección del ambiente, los derechos del consumidor u otros de naturaleza similar. En tales supuestos –y en otros similares– se impone una tutela anticipada enérgica, urgente y eficaz, que se plasme en la adopción de medidas idóneas para evitar la producción o agravamiento del daño y de mecanismos de control de lo resuelto en sede judicial.

Por el contrario, resultan significativamente más estrictos cuando la medida de prevención pueda importar la conculcación de otros intereses que en el caso concreto pueden resultar más relevantes, tal lo que sucede en materia de medidas preventivas orientadas a impedir la publicación de noticias que puedan resultar agraviantes para el honor de una persona. En tales supuestos, rige un estándar constitucional de tutela potenciada de la libertad de expresión y de prensa, emergente de los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, que vendan la censura previa (60).

En el medio hay todo un abanico o degradé de situaciones que requieren de una ponderación de intereses comprometidos, a fin de formular caso por caso si hay o no antijuridicidad material en la conducta que desencadena la pretensión preventiva.

c) Razonable previsibilidad de la producción, continuidad o agravamiento del resultado nocivo, ponderada en base a estándares de causalidad adecuada. Es preciso que quien articula la acción preventiva acredite suficientemente un resultado dañoso previsible, conforme al curso normal y ordinario de las cosas, en caso de no acogerse la medida. De otro modo no se justifica la invasión en la esfera ajena.

El juez debe ponderar la posible relación causal entre la conducta antijurídica que hace previsible la producción de un daño, y en particular la

entidad que éste podría llegar a asumir en caso de configurarse.

d) *Amenaza de un interés no ilegítimo, patrimonial o extrapatrimonial, individual o colectivo del accionante.*

La pretensión preventiva sólo procede cuando la acción u omisión antijurídica plasme una amenaza concreta, cierta, real de un interés no ilegítimo del accionante, individual o colectivo, patrimonial o extrapatrimonial.

e) *Posibilidad material de detener el efecto lesivo (61).* Es preciso, finalmente, que la acción dañosa no se encuentre totalmente consumada. De ocurrir esto último, ninguna prevención o evitación sería posible, quedando solamente por acudir a las vías resarcitorias.

La pretensión preventiva procede, de tal modo, cuando la acción dañosa aún no se ha iniciado, y en aquellos casos en los cuáles teniendo principio de ejecución no ha desplegado totalmente sus efectos.

III.3. La cuestión vinculada con el factor de atribución

Conforme surge del art. 1711, última parte, “no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución” para la procedencia de la acción preventiva.

Al prescindirse del factor de atribución (subjetivo u objetivo), la acción preventiva deviene axiológicamente neutra.

Una calificada doctrina está de acuerdo con la solución adoptada, por considerar que “de lo que se trata es de *evitar la causación de un daño no justificado, y no de resarcir; provenga de quien provenga, haya obrado o no con culpa* (podría, incluso tratarse de un inimputable), sea o no riesgosa su conducta” (62).

Nosotros creemos que lo razonable hubiera sido exigir la presencia de un factor objetivo de atribución, que por lo general está presente y se erige en uno de los elementos que quierase o no el juez termina ponderando a la hora de poner en la balanza los intereses de los dos protagonistas. Ello por una razón simple: el peligro de daño inminente es riesgo creado. Como bien se ha señalado, siempre es “menester la concurrencia de algún motivo *racional y valioso* para el surgimiento de una *obligación preventiva* frente a menoscabos que el sujeto *puede y, por tanto, debe impedir* por razones que le conciernan; no cuando “nada tiene que ver” con la fuente del peligro nocivo o con la factibilidad de eliminarlo” (63).

De todos modos, la ley es clara y no deja margen alguno para la duda. En la acción preventiva no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, subjetivo u objetivo.

III.4. Legitimación activa

Dispone el art. 1712:

“Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”.

Puede accionar toda persona que acredite un interés razonable en la prevención del daño.

El actor debe acreditar ser titular de un derecho o de un interés razonable no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva, amenazado por la conducta del demandado (64). Poco importa, a tal fin, que ese derecho o interés sea individual o colectivo, patrimonial o extrapatrimonial (65).

Se protege todo tipo de situación jurídico subjetiva encuadrable en dichos estándares. Advertimos una estrecha conexión entre esta norma y el art. 43 CN, a la hora de conceptuar al interesado en accionar, siendo trasladable toda la

(61) OSSOLA, Federico, “Responsabilidad civil”, nro. 115, b), p. 177; ZAVALA de GONZÁLEZ, ob. cit.

(62) OSSOLA, Federico, “Responsabilidad civil”, nro. 115, b), p. 177 (la letra destacada le pertenece).

(63) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad...”, ob. cit., ps. 228/229.

(64) El interés razonable del art. 1712 puede ser un simple interés de hecho no ilegítimo, individual o colectivo.

(65) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad...”, ob. cit., ps. 256/257.

doctrina gestada en derredor de dicho texto al supuesto que nos ocupa.

Debe tratarse de un interés cuya lesión pueda tener *razonable* aptitud para configurar un daño. Por tal motivo, habrá que conceptualarlo teniendo en cuenta la directiva del art. 1737. La razonabilidad del interés que la ley requiere “constituye una fórmula *abierta*, que debe ser invocada de manera precisa y *acreditada* por el actor” (66).

En todos los casos, la razonabilidad del interés requerido es incompatible con el abuso del derecho, que muchas veces se advierte en algunas pretensiones inhibitorias antifuncionales (arts. 9º y 10). Va de suyo que “en ningún caso procede receptor pretensiones preventivas frente a daños imaginarios, alegados por hipersensibilidad de las supuestas víctimas, o con fines espurios, adversos a una sana convivencia social” (67). Tratándose de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, como por ejemplo derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente, a la competencia, a los derechos de consumidores y usuarios, a los derechos de sujetos discriminados, etcétera, rige de manera operativa el art. 43 CN.

En tal supuesto “es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del segundo párrafo del art. 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente *-class actions-* en el derecho norteamericano” (68).

III.5. Legitimación pasiva

La acción procede contra quienes de manera directa, indirecta, por el hecho de las cosas o por realizar actividades riesgosas podrían ser ci-

vilmente responsables del daño que se procura evitar.

De igual modo, contra quienes tienen un deber específico de prevención impuesto por el ordenamiento jurídico y contra todos los que “sin ser productores del daño son quienes los permiten o coadyuvan a su producción mediante colaboración, permisividad, negligencia o incumplimiento de su obligación de prevenir” (69).

También ser articulada contra sujetos que no han generado el riesgo de daño que se procura avarar, particularmente cuando su actuación pueda tener aptitud para alcanzar la finalidad preventiva que se persigue (70).

Conforme lo señalado anteriormente, la acción preventiva puede tener como destinatarios (demandados) tanto a particulares como a la Administración Pública centralizada y descentralizada, cuando incurra en actos u omisiones ilícitas idóneas para causar un perjuicio, de modo particular cuando omita el cumplimiento de sus funciones regladas de contralor y supervisión de servicios públicos.

III.6. Sentencia

Dispone el art. 1713:

“Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”.

La sentencia que acoge la acción preventiva tiene características peculiares.

(66) OSSOLA, Federico, “Responsabilidad civil”, nro. 115, d), p. 178 (la letra destacada le pertenece). El autor señala, con razón, que “la función de las circunstancias no será exigible siempre una prueba acabada y concluyente, teniéndose en cuenta la situación de emergencia que es propia de la acción; lo que no obsta a que el pretensor deba aportar todos los elementos que tiene a su alcance”.

(67) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad...”, ob. cit., p. 258.

(68) CS, 24/02/2009, “Halabi, Ernesto c. PEN, ley 25.873 Dec. 1563/2004”, Fallos 322:111

(69) COSSARI, Maximiliano N. G., “Prevención y punición en la responsabilidad civil”, p. 91.

(70) PEYRANO, Jorge W., “Noticia...”, ob. cit.; del mismo autor, “Más sobre...”, ob. cit.; ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de daños”, t. 4, p. 420.

Función preventiva de la responsabilidad civil...

La ley sustancial avanza en cuestiones procesales que, como regla, están reservadas a las provincias, a fin de asegurar estándares paritarios mínimos en todo el territorio nacional (71).

El juez tiene amplias facultades a la hora de resolver fundadamente y no está compelido a seguir los planteos de las partes, pudiendo inclusive actuar de oficio. No rige en esta materia el principio de congruencia. Finalidad perseguida: asegurar máxima eficacia en la obtención de la finalidad preventiva perseguida (72). Dado que esto último puede, muchas veces, afectar el derecho de defensa de las partes, el juez debe ser muy prudente a la hora de proceder de oficio, evitando que puedan generarse situaciones abusivas (73).

La sentencia puede imponer obligaciones de dar (74), de hacer (75) o de no hacer (76) según corresponda, conexas con la actividad potencialmente nociva o con la modalidad en que ésta se desarrolla, de manera provisoria o definitiva (77).

Tiene naturaleza de sentencia atípica, exhortativa u ordenatoria. A través de ella el juez realiza

una actividad más creativa, que habitualmente requiere de controles de implementación de lo resuelto. De allí la necesidad de un juez de ejecución que verifique el cumplimiento de dichos mandatos.

Con muy buen criterio, la ley ordena al juez resolver ponderando los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad. La idoneidad del medio seleccionado se vincula no sólo con el resultado final procurado, sino también con las técnicas procesales eficaces para asegurar su concreción (78).

Es una solución lógica, que parte de la base de un conflicto que puede involucrar, en muchos casos, derechos e intereses amparados por la constitución nacional. Lo razonable, en caso de conflicto, es seguir un criterio que conduzca a la menor restricción posible de aquél que resulte alcanzado por la medida (79). Debe seguirse para ello un criterio de razonable proporcionalidad, para lo cual habrá que tener en cuenta la relación de medios y de fines, evitando restricciones excesivas (80).

(71) Ver: GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, "Nuestro incipiente proceso ambiental", *Revista de Derecho de Daños*, 2011-1, p. 189, quien señala, con razón, que en asuntos de interés general o comunitario, que traspasan fronteras, es preciso abandonar localismos procesales y evitar que la protección de los ciudadanos quede supeditada a lo que cada provincia decida.

(72) Sobre el tema, MEROL, "Aspectos procesales...", ob. cit.

(73) Para una crítica a las facultades que la ley confiere al juez para actuar de oficio, ver: CAMPS, Carlos E., "La pretensión preventiva de daños", *RCCyC*, 2015, agosto, 3, quien distingue las hipótesis de pretensión preventiva de daños y medidas cautelares que puedan despacharse durante el curso del proceso.

(74) Por ejemplo, la entrega de medicamentos o prótesis, o material quirúrgico o el anticipo de fondos para una intervención quirúrgica urgente.

(75) Por ejemplo, ajustar una actividad a determinados parámetros fijados en la sentencia, restablecer servicios médicos arbitrariamente suspendidos, retiro de productos defectuosos del mercado, etcétera.

(76) Por ejemplo, inhibir el inicio de una actividad contaminante, por vía cautelar o de pronunciamiento de fondo.

(77) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, "La función...", ob. cit. Así, por ejemplo, puede ordenar que una obra social anticipe a la actora fondos para una operación, o afrontar gastos sanatoriales y quirúrgicos, o suministre la cobertura para la realización de un trasplante, o que cesen descuentos en el sueldo de un afiliado para el pago de coseguros, etcétera. *CNCiv. Jujuy, sala 1ª, LLNOA, 2011-17; CNFed. Córdoba, sala A, 21/10/2011, LLC 2011-117; C. Apel. Trab. Bariloche, LLPatagonia, 2011-694.*

(78) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "La responsabilidad...", ob. cit., p. 298.

(79) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "La responsabilidad...", ob. cit., p. 259; MORELLO, Augusto M. - STIGLITZ, Gabriel A., "Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia", *LA LEY*, 1987-D-364; NICOLAU, "La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional", *LA LEY*, 1996-A-1245.

(80) Si una fábrica realiza actividades contaminantes, las medidas de prevención deben apuntar al cese de las mismas, a través de la adopción de técnicas idóneas para ello. El cierre definitivo de la misma luciría excesivo, por defecto del requisito de razonabilidad que fluye de la última parte del art. 1713, ya que si bien haría cesar de manera definitiva la acción dañosa ya iniciada, dejaría sin trabajo a los operarios que trabajan en ella.

En esta temática resulta de estricta aplicación la jurisprudencia clásica de la Corte Suprema para dirimir conflictos entre derechos constitucionales **(81)**. Según la doctrina dominante, avalada por numerosos precedentes de nuestra Corte Suprema, las normas constitucionales y los derechos que de ellas emergen, tendrían siempre igual jerarquía, por lo que, en caso de conflicto entre ellos, sólo correspondería armonizarlos. Esta labor, no podría estar presidida por reglas rígidas, debiendo efectuarse la valoración en función del caso concreto, procurando una composición del conflicto que posibilite la subsistencia de cada uno de esos derechos con el máximo contenido posible.

Por aplicación de tales directivas, las órdenes impartidas por el juez deben respetar, en la mayor medida posible, la libertad de quienes ejercen regularmente sus derechos; evitar medidas desmesuradas que paralicen o distorsionen ac-

tividades legítimas; equilibrar las ventajas y los sacrificios que la medida supone; deben “ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción” (art. 1974); tener en cuenta la noción de desarrollo sustentable, que tiene por finalidad satisfacer las necesidades económicas, sociales, culturales y ambientales de la generación actual, sin comprometer las mismas necesidades de generaciones futuras, etcétera **(82)**.

La Corte ha dicho reiteradamente que la constitución es una estructura coherente por lo que su interpretación “no debe efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por ella enumerados, para que se destruyan recíprocamente” **(83)**.

Esta directiva debe estar presente de modo permanente en el tema analizado.

(81) CS 21/03/1966, “Dri, A. c. Gobierno Nacional”, LA LEY, 123-156; ídem, 26/06/1980 “Carrizo Coito S. c. Dirección Nacional de Migraciones”, ED, 89-501. Un pormenorizado análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre esta materia, lo encontramos en BELLUSCIO, Augusto, “Daños causados por la publicación de noticias”, en TRIGO REPRESAS, Félix A. - STIGLITZ, R. (dir.), *Derecho de daños Homenaje al Prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, p. 371, en esp. nro. 4. Ver, asimismo, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Los efectos civiles de las informaciones inexactas o agraviantes (en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)”, LA LEY, 1989-D, 889; CIFUENTES, Santos, “Derechos personalísimos”, nro. 114, a), ps. 578 y ss.; ANDRADA, Alejandro, “Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. El factor de atribución”, ps. 91 y ss.

(82) Sobre el tema, ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad...”, ob. cit., p. 293.

(83) CS, 18/04/1989, “Portillo, Alfredo”, JA, 1989-II-657.

“Unsex me here”: Compensaciones económicas, alimentos y perspectiva de género en el nuevo Derecho Civil

Por Úrsula C. Basset (*)

SUMARIO:

I. Objeto y estructura de nuestro análisis.— II. La ruptura y sus efectos en el nuevo Código Civil argentino.— III. Unas líneas conclusivas.

Es conocido casi intraducible del parlamento de Lady Macbeth en el drama homónimo (1). Ante un matrimonio que se anuncia como ideal (2), el espectador queda fulminado en el primer acto con el terrible “unsex me” (¿despojadme de mi sexo?) pronunciado por una Lady Macbeth que teme que la virilidad de su marido sea insuficiente para realizar el ambicioso objetivo que se proponen: el magnicidio del Rey Duncan, para que Macbeth acceda a la corona.

Hay pocos textos más apropiados para parafrasear el imaginario colectivo de la ruptura familiar en el nuevo derecho argentino. Todos los actores están presentes: la amenaza de una violencia que puede desbocarse, la fragilidad de lo femenino, la “des-sexualización” incluso como pedido de la mujer, la condena de la ambición desmedida... y, finalmente, sí, el fin del matrimonio! (En el caso, por muerte precoz de la mujer).

Resalta el crítico Bloom (3) todavía un aspecto más: Lady Macbeth se despoja de su femineidad en el marco de una cierta rivalidad femenino-masculino en dónde las notas de la debilidad pasan de marido a mujer. En este sentido, Lady

Macbeth es la que no tiene nombre en toda la obra, la anónima, no sólo es despersonalizada por des-sexualización, sino “innominada”: su nombre es un satélite del marido. Lady Macbeth termina evaporándose, cuando en realidad no tuvo nombre... ¿ni sexo?

I. Objeto y estructura de nuestro análisis

Nos proponemos estudiar una parte de las transferencias económicas de la ruptura en el nuevo derecho argentino a la luz de la perspectiva de la protección de la vulnerabilidad. Precisemos mejor, para encuadrar el problema:

1.1. “Una parte de las transferencias económicas” (4)

Al momento de la ruptura de una relación de tipo conyugal el derecho prevé algunas transferencias económicas. Los cónyuges habían habitado un universo económico compartido y al romperse el matrimonio o la unión convivencial hay consecuencias derivadas del estilo de vida que compartieron que se proyectan hacia el futuro y requieren resolver el pasado. Por eso, al momento de la ruptura, el derecho organiza

(*) Profesora Titular. Directora del Departamento Interdisciplinario de Investigaciones en Familia, Universidad Austral. Directora del Centro de Investigaciones en Derecho de Familia, UCA. Secretaria General de la Sociedad Internacional de Derecho de Familia.

(1) SHAKESPEARE, William, “Macbeth”, Acto I, Escena V.

(2) BLOOM, Harold, “The Anatomy of Influence”, Yale University Press, 2011, ps. 76 y ss.

(3) *Ibíd.*, p. 79.

(4) Tomando el concepto de MOLIÈRE, Aurélien, “Dissolution des couples et compensation patrimoniale”, tesis doctoral, Lyon, 2012.

esas transferencias en diversos rubros (efectos personales, efectos patrimoniales).

Se habla de “transferencias económicas” **(5)** para referirse a todas las transferencias que se hagan los cónyuges y así poder valorar en su conjunto cuál es el monto que se transfiere y bajo qué rubros y por qué causas fuentes. Las transferencias económicas pueden ser directas o indirectas. Son directas (entre cónyuges) los alimentos, la atribución de la vivienda, las compensaciones, la distribución de los bienes matrimoniales a la disolución del régimen patrimonial, el derecho real de habitación del cónyuge supérstite, el derecho a oponerse a la división de un bien o de un establecimiento y en general cualquier otro derecho que tengan los cónyuges en el marco de la ruptura. Las transferencias no sólo se dan de manera directa, también pueden serlo de manera indirecta. Un cónyuge que recibe alimentos para sus hijos, puede estar recibiendo una transferencia indirecta a través del rótulo de los alimentos a los hijos: esos alimentos valoran un aporte de hecho que el cónyuge recibe por cuidar al hijo común, pero a veces también incorporan la pérdida que para ese cónyuge implica en su desarrollo personal ese cuidado, que tiene impacto en el futuro (cuando el hijo sea independiente y el padre ya no pueda recuperar el tiempo perdido para su desarrollo personal o profesional que oportunamente no hizo).

Es aquí que conviene introducir una desmitificación necesaria: en las relaciones entre esposos o convivientes nada es químicamente puro ni responde a una fórmula matemática **(6)**. Es necesario aventar desde el principio los espíritus cartesianos que creen que pueden hacer entrar a la familia sin más en una grilla. La ruptura

conyugal (matrimonial, extramatrimonial) es el arte de lo posible en el medio de una crisis y un conflicto grave, en el que negociar es muy dificultoso. Los rubros por los que se hacen las transferencias esconden funciones mixtas muchas veces. Algunos ejemplos: Un cónyuge sabe que debería compensar al otro, pero se niega a darle alimentos. Entonces, en lugar de pedir alimentos para sí, el otro cónyuge solicita alimentos más altos para el hijo. Y eso procede, en una hermenéutica tácita de que así se restablece un orden posible. Un orden peligroso, porque el juez que algún día tenga que analizar un pedido de reducción de la cuota alimentaria del hijo, tal vez no conozca las interpretaciones ni motivaciones de las partes. Otras veces, las transferencias esconden reparaciones económicas o compensaciones de enriquecimiento sin causa por vía de la distribución de la propiedad conyugal. A veces esa transferencia tiene una función alimentaria (uno de los cónyuges necesita recibir alimentos), pero, como el otro no quiere pagarlos, se instrumenta por vía de la distribución de bienes. Otro ejemplo, inverso al anterior: uno de los cónyuges se queda con la empresa familiar, y acuerda alimentos por convenio. En realidad, se trata de distribuir los bienes de la comunidad patrimonial de los cónyuges, pero ese camino resultó idóneo para llegar a un acuerdo. Depende del abogado como formularlo para que después no suceda como les sucedió a tantas mujeres argentinas, que habiendo negociado esos términos con sus esposos, después se encontraron con jueces que aplicaron el art. 7º de la legislación transitoria **(7)** y las despojaron de alimentos haciendo cesar una cuota que en realidad cumplía una función distinta. Pero, como la negociación es el arte de lo posible, se llega a los acuerdos con los rótulos que los hacen viables.

(5) MOLIÈRE, ob. cit.

(6) Al respecto ver el extraordinario análisis de PRIEUR, Nicole — PRIEUR, Bernard, “La famille, l’argent, l’amour. Les enjeux psychologiques des questions matérielles”, Ed. Albin Michel, París, 2016.

(7) Es conocido el debate en torno a la aplicación del art. 7º en la Jurisprudencia nacional, con la encendida defensa de la aplicación sin más de la nueva legislación (KEMELMAJER, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015 y 2016) y el problema que esta posición plantea en materia de derechos adquiridos (Sobre esto ver las interesantes posiciones de Julio César Rivera y Graciela Medina, entre muchos otros). Especialmente, la injusticia que provoca en los casos que acabamos de explicitar. Más allá de la posición que se tome sobre el debate de fondo, lo que queda claro es que la interpretación del derecho nunca puede conducir a resultados injustos, de acuerdo con una hermenéutica de los arts. 1º y 2º. Es decir, si la aplicación inmediata del art. 7º genera resultados palmariamente injustos, entonces esa aplicación inmediata es evidentemente contraria al fin de la norma. Corresponde rectificar por imperio de lo que dicta el mismo Código en los arts. 1º y 2º.

Estas transferencias económicas pueden cumplir diversas funciones: equitativas, distributivas, conmutativas o correctivas, alimentarias, compensatorias, o reparatorias o de indemnización.

— *Funciones equitativas*: La equidad es la corrección de la ley general, cuando, si se aplicara al caso concreto previsto por la ley, se arribaría a un resultado injusto.

La función equitativa, muy presente en el derecho inglés con el estándar del “yard of equality” (8), se manifiesta en el derecho argentino sobre todo por el instituto del enriquecimiento sin causa (9). Habíamos propiciado su ingreso en el derecho bajo condición de ajuste al principio de especialidad de las relaciones de familia (10). Hoy en día, el enriquecimiento sin causa se encuentra incorporado tanto a la hipótesis de la ruptura de esponsales (art. 401 Cód. Civ. y Com.) como a la ruptura de la unión convivencial (art. 528). Aunque no esté enunciado expresamente, implícitamente la idea del enriquecimiento sin causa sobrevuela las transferencias económicas: un esposo que se consagró al trabajo del hogar, sobre la premisa de que el otro estaría en mejor condición de generar ingresos, y por lo tanto sacrificó su futuro, ¿no le permitió al otro enriquecerse con beneficios inmateriales, como el progreso profesional y la formación que lo proyectan a un futuro mejor? Ese enriquecimiento del esposo que progresó profesionalmente, tiene su causa en un proyecto de vida en común, que, a la ruptura, resulta desmentido. Es decir, es un enriquecimiento que tenía causa en ese proyecto, que ahora no existe, es decir, es un enriquecimiento que no tiene más causa. Esa idea, aunque no esté expresada, está implícita, p. ej. en los incs. d) y e) del art. 442: “d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica; e) la colaboración pres-

tada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge”.

— *Funciones distributivas*: La función distributiva es la que permite distribuir los activos acumulados durante el matrimonio de manera justa entre los cónyuges. Eminentemente, esta función se cumple en el régimen patrimonial del matrimonio, sobre todo, bajo el régimen de comunidad. Ahora bien, recordemos que la justicia distributiva tiene criterios distintos a la conmutativa. La conmutativa supone el sinalagma, la igualdad entre títulos de las partes. En tanto que la distributiva se deja corregir por las necesidades y los méritos valorados según un interés general. Si la distribución de los bienes en el régimen patrimonial del matrimonio y por causa de muerte siempre estuvo signada por esta idea de la distribución sobre la base de necesidades y méritos, en el nuevo Código Civil y Comercial, aunque despojada en buena medida de los valores axiológicos que permiten valorar las conductas jurídicas, sigue estando presente. Recordemos que el juez puede modificar la fecha de retroactividad de la disolución de la sociedad conyugal si hubo fraude o abuso del derecho entre cónyuges, para beneficiar a la víctima (art. 408) (11). La compensación compensatoria tiene o podría funcionar con un componente distributivo en alguna medida, sobre todo cuando se hace alusión al patrimonio existente al inicio y a la finalización de la vida en común o cuando se hace referencia a la atribución del hogar conyugal como factores de procedencia y determinación del monto de la compensación (art. 442, inc. a) y f)).

— *Funciones conmutativas y correctivas*: La función conmutativa es la que permite dar a cada uno lo suyo según el título de lo que le corresponde. La justicia conmutativa no sólo se funda en la idea de la reciprocidad en los cambios, así como se imagina bajo la idea de la contrac-

(8) Ver sobre todo: MILES, Joanna — PROBERT, Rebecca (eds.), “Sharing lives, dividing assets”, Hart Publishing, Oxford, 2009. También, BASSET, Úrsula C., “Calificación de bienes”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

(9) Regulada como “otras fuentes de las obligaciones”, a partir de los arts. 1794 y ss., tomando el carácter de una acción subsidiaria.

(10) BASSET, Úrsula C., “Novedades en remedios económicos post-divorcio para mujeres y niños”, JA, vol. 2011-II, ps. 3 a 12.

(11) Ver al respecto, BASSET, Úrsula C. — GONZÁLEZ, Eliana, “Régimen patrimonial del matrimonio”, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2016; SAMBRIZZI, Eduardo A., “Régimen patrimonial del matrimonio”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015.

tualidad, sino también como corrección. Es la función que el deber de contribución y la responsabilidad solidaria ante acreedores de los cónyuges y los unidos convivenciales (arts. 455, 461, 520 y 521), o los deberes de contribución bajo el régimen de comunidad, que luego se imputan como cargas bajo el régimen de comunidad (art. 481). También el derecho al pago de un canon locativo cuando el inmueble es atribuido a uno de los cónyuges (aunque el Cód. Civ. y Com. lo llama unas veces canon locativo —art. 442— y otras renta compensatoria —art. 443—, la precisión lingüística a veces falla en el Código nuevo), o la valoración de las tareas cotidianas de cuidado como contribución al sostenimiento de los hijos (art. 660). La compensación económica tiene una función correctiva por ejemplo en cuando se tiene en cuenta “la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia, a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio” o la “colaboración prestada a las actividades industriales o profesionales del otro cónyuge” (art. 442, incs. b) y e)]. En el último inciso, se admiten dos interpretaciones posibles: podría entenderse como dijimos más arriba: un enriquecimiento sin causa; o, como una suerte de prestación económica que “iguale en sentido opuesto”⁽¹²⁾ por un servicio prestado, caso en el que estaríamos dentro de la justicia correctiva.

— *Funciones alimentarias*: Las funciones alimentarias son “lo que es necesario para la vida”, según la vieja definición del Digesto ⁽¹³⁾. Su función depende del derecho a la vida y tiene los caracteres de urgencia, necesidad y proporcionalidad, inherencia personal, carácter incompensable, irrenunciabilidad ⁽¹⁴⁾, etc., que no están presentes en ninguno de los otros rubros.

En el Código Civil y Comercial, como fruto de lo que algunos atribuyen al principio de solidaridad familiar que va más allá de la ruptura, hay una obligación alimentaria reducida a su mínima expresión sólo para los cónyuges y no para los convivientes en las uniones convivenciales (arts. 433 y 434). Sin embargo, pese a que en principio la compensación económica tiene una función diferenciada, la comisión redactora ha entendido que la compensación económica puede revestir funciones parcialmente alimentarias y no sólo compensatorias ⁽¹⁵⁾.

Todo abogado hace ese cálculo consciente o inconscientemente en cualquier mesa de negociación. La ventaja de englobar todos los rubros (alimentos, compensaciones, atribución de la vivienda, distribución de los bienes, etc.) bajo el rótulo de “transferencias económicas” es que permite individualizar la totalidad y hacer un mejor análisis de la distribución del activo disponible según las necesidades y las posibilidades de cada matrimonio para arribar a un acuerdo justo y sustentable.

— *Funciones indemnizatorias o resarcitorias*: Las funciones resarcitorias o indemnizatorias tienen como finalidad reparar un perjuicio. En realidad, como lo anticipamos, no hay química pura en los efectos del matrimonio. La clave se da en lo que el antiguo Código regulaba como los “alimentos indemnizatorios” a los que estaba obligado el cónyuge culpable. Esos alimentos no eran meramente alimentos (de ahí el error de aplicar la nueva normativa de alimentos no indemnizatorios a los alimentos indemnizatorios a los que tenía el cónyuge inocente en el Código anterior. Es mezclar aserrín con pan rallado. Las causas fuentes y las naturalezas jurídicas eran divergentes.

(12) El Diccionario de la Real Academia Española entiende este último como la primera acepción del verbo compensar: “igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra”. Así “compensar las pérdidas con las ganancias”.

(13) Dig. 34, 1.6., “legatis alimentis, cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quia sine illis ali corpus non posset”. Esta definición es la que siguen luego Toullier, Laurent y Bourdin, entre otros, en la doctrina francesa. Para ver más: MEYER, Christophe, “Le système doctrinal des aliments: contribution à la théorie générale de l’obligation alimentaire”, Ed. Peter Lang, Berna, 2006, ps. 33 y ss.

(14) PERRINO, Jorge, “Tratado de Derecho de Familia”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, nro. 98, t. I (Act. Úrsula Basset, Carolina Santi).

(15) “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”. Cfr. Fundamentos del Anteproyecto, “Matrimonio”.

Mucho se ha discutido sobre la procedencia de los daños, sobre todo hoy cuando el nuevo Código Civil y Comercial incorpora la noción que nos viene de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de “daño al proyecto de vida” (art. 1738) **(16)**. El proyecto de vida en común es definitorio tanto de los matrimonios como de las uniones convivenciales (art. 431, 509). El daño a ese proyecto de vida es en sí mismo antijurídico, con lo cual, como si fuera poco. Ergo, si uno de los esposos puede probar los factores de atribución (nexo adecuado de causalidad, factor de imputación, pensamos doloso o de culpa grave, además del daño y la antijuridicidad), procedería, nos parece, sin más la acción. Hemos desarrollado las posiciones doctrinales al respecto en otro lugar, al que por brevedad remitimos **(17)**.

Más aún, que el Código haya silenciado la discusión de la culpa en el marco del proceso judicial, no quiere decir que la culpa no exista ni que la dejen de experimentar los cónyuges o los convivientes. El derecho es maestro de costumbres y probablemente la sociedad tenga una creciente insensibilidad a los deberes conyugales debido a la falta de su sanción jurídica. No obstante, es indudable que, en muchos matrimonios, quién abandona y quién es infiel puede llegar a experimentar una responsabilidad subjetiva por su conducta y sentirse inclinado a ser más generoso en algún rubro debido a ello. Así, puede ser que, puesto que el legislador no

pudo percibir los complejos pliegues del alma humana o no quiso darle cabida jurídica a la sensación muy diferente que provoca una ruptura unilateral respecto de una ruptura bilateral (que en general, en el derecho comparado se tratan de forma divergente), es posible que privadamente, y a escondidas del derecho, alguna parte noble rectifique la ley injusta, atribuyendo alimentos o compensaciones con un sentido reparador.

Así pues, la función reparatoria puede aparecer en el derecho argentino por sí misma en tanto que reclamación de daños y perjuicios, como lo reconoce la mayoría de la doctrina nacional **(18)** [y diríamos toda la doctrina nacional si incluimos también a quienes lo admiten bajo la especie de considerar la admisibilidad del daño sólo como daño a la persona y no daño en las relaciones de familia, lo que termina produciendo el mismo resultado por vía indirecta: el daño siempre es a la persona, el contexto familiar lo calificaría... **(19)**]; o bien como compensación económica. El diccionario de la Real Academia Española admite este sentido, cuando en su segunda acepción, entiende que el verbo “compensar” significa “indemnizar” **(20)**. Y en nuestro derecho, la función reparatoria podría estar implícita en el factor por el cual se considera el cónyuge que no pudo obtener capacitación profesional adecuada que lo ayude a enfrentar el futuro, porque confiando en un proyecto de vida común, se consagró a las actividades domésticas.

(16) Especialmente en los casos “Loayza Tamayo c. Perú” (1989), “Cantoral Benavides c. Perú” (2001), y “Villagrán Morales y otros c. Guatemala” (1999). La Corte IDH expresa en “Loayza Tamayo” que el proyecto de vida “atiende a la realización integral de la persona afectada considerando su vocación, aptitudes, circunstancia y potencialidades y aspiraciones que le permiten (a la persona) fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas” (párr. 147) y que el “proyecto de vida” se “asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone” (párr. 148). Ver también al jurista peruano SESSAREGO, Carlos, en “Daño al proyecto de vida” en “Derecho PUC”, revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, nro. 50, Lima, diciembre de 1996.

(17) BASSET, Úrsula C., “Comentario al art. 401”, en ALTERINI, Jorge H., *Comentario al Código Civil y Comercial. Tratado Exegético*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. III; y sobre todo, “Comentario al art. 431”, que tiene un resumen e todas las posiciones y cuestiones debatidas en la doctrina y en la jurisprudencia.

(18) No hay aquí lugar para referirnos específicamente, pero son conocidas las posiciones de Sambrizzi, Mazzinghi (h), Medina, Córdoba, Borda (h), Santi, Perrino, Solari, la mía propia, por citar apenas algunas. Remito al análisis en BASSET, Úrsula, “Art. 431”, en ALTERINI, Jorge H., *Comentario al Código...*, ob. cit.

(19) No podemos desarrollar estas ideas aquí, pero lo que resulta claro es que es inconstitucional concebir una indemnidad derivada del vínculo familiar, cuando el vínculo familiar sólo agrava la naturaleza del daño sufrido. Remitimos a lo citado en la nota anterior y a la doctrina italiana allí citada.

(20) “Dar algo o hacer un beneficio a alguien en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado”.

¿Cuál es el problema que surge de esta pluralidad de funciones que están implícitas y parcialmente superpuestas en las diferentes transferencias económicas que se ofrecen en el menú jurídico argentino? Que el Juez, no teniendo clara la naturaleza jurídica de cada institución termine negando los derechos en la extensión en que corresponden por confusión. De allí que la conceptualización de la noción de “transferencia económica” y la identificación de las funciones que cumple cada una de ellas en abstracto, puede tal vez ser útil ante la falta de claridad del derecho positivo. Deben satisfacerse las funciones requeridas en los montos posibles con los rubros disponibles en el derecho positivo. Lo importante es que a falta de claridad del derecho, en los convenios y en las sentencias la función de cada rubro resulte clara para iluminar la hermenéutica de la sentencia o el convenio si fuera menester.

Cómo se puede advertir en todos estos estudios se advierte la complejidad de lo que denominamos “transferencias económicas entre cónyuges”. En realidad, lo que los cónyuges se aportan a la ruptura cumple funciones no siempre especificadas y a veces móviles. Al principio puede tener una función compensatoria que termina siendo alimentaria. Una transferencia en términos de atribución de la vivienda o de distribución de los bienes matrimoniales esconde a veces reparaciones por enriquecimiento injusto no necesariamente valoradas. Los diálogos familiares, sobre todo luego de la ruptura, son opacos y difíciles. ¿Cómo lograr justicia en este contexto?

1.2. La perspectiva de la vulnerabilidad y la perspectiva de género

Recordemos que el art. 17.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que: “Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio,

durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”.

La igualdad frente a la disolución exige la corrección de las hipótesis de vulnerabilidad de la mujer. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sostenido que: “Concordando esta disposición con la norma general que establece la igualdad ante la ley, según el art. 24, y la prohibición de toda discriminación en razón de sexo prevista en el art. 1.1, puede establecerse que este art. 17.4 es la aplicación concreta de tales principios generales al matrimonio” (21).

La ceguera a la percepción de las condiciones de especial vulnerabilidad de la mujer, provoca, en términos de la Corte IDH, un impacto desigual de normas que se aplican por igual a situaciones divergentes (22). No resulta adecuado un trasplante jurídico de estándares normativos de sociedades de configuración cultural y social divergentes sin ajustarlos a la sociedad destinataria: estándares jurídicos de países industrializados, en donde hombres y mujeres trabajan a la par no pueden trasladarse sin más a países o zonas geográficas en los cuáles las mujeres siguen ocupando prioritariamente el rol de amas de casa: el resultado sería inadecuado porque parte de ficciones. Y sería, como lo dice también la Corte IDH, una forma de discriminación causada por los operadores jurídicos (23). Cuando las normas tienen impacto desigual en grupos sociales vulnerables, entonces se trata de una discriminación creada por el autor de la norma (el Estado en sus legisladores o jueces, según la norma sea de naturaleza general o particular).

Así que es necesario recurrir a una perspectiva de la vulnerabilidad que corrija la aplicación indiscriminada del texto legal. El legislador debe advertir que una norma puede tener efectos desiguales, y no sólo entre mujeres y hombres a la hora de la ruptura, sino entre grupos de

(21) Opinión Consultiva OC- 4/84. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la naturalización, solicitada por el Gobierno de Costa Rica. Resolución de 19 de Enero de 1984.
(22) Corte IDH, caso “Gelman c. Uruguay. Fondo y Reparaciones”. Sentencia de 24/02/2011, párr. 99.
(23) Corte IDH, caso “Nadege Dorzema y otros c. República Dominicana”, 24 de octubre de 2012, párr. 235.

mujeres que son más vulnerables que otras por factores de discriminación múltiple. Volveremos sobre esto más abajo.

1.3. La estructura de esta presentación

Enunciados estos dos aspectos relativos al objeto de nuestra contribución, pasemos a su estructura. Primero consideraremos la matriz contextual de la ruptura en el derecho argentino y consideraciones teóricas sobre sus efectos. Luego la cuestión relativa a la situación de la mujer. Para concluir, trataremos la aplicación del principio de excepcionalidad de efectos del divorcio ante las situaciones de mayor vulnerabilidad.

Comencemos entonces a analizar el contexto y perfil de los efectos del matrimonio. Para eso, es necesario entender la lógica del nuevo divorcio argentino.

II. La ruptura y sus efectos en el nuevo Código Civil argentino

Para una rápida presentación de nuestro drama (el de los efectos de la ruptura), conviene establecer cuáles son los tres principios fundamentales que orientan la ruptura. A saber: el principio de libertad, el de neutralidad de género (Título I y art. 402 Cód. Civ. y Com.) y el de excepcionalidad.

II.1. El principio de libertad, pluralismo

El divorcio se facilita sobre la base del respeto de la autonomía de la voluntad personal o también del “principio de libertad”. Se habla también de “pluralismo” familiar”. Se trata de “principios” enunciados en el Título I del libro de relaciones de familia, que después no tienen acuñación explícita en un artículo, pero que re-

sultan implícitos en varias secciones del articulado. Pese a eso, se suprimen la separación personal, el divorcio causado y la posibilidad incluso de convenir un matrimonio de mayor consistencia para los contrayentes. Hay libertad para divorciarse, pero no para no divorciarse (24), hay libertad para ser infiel, pero no para ser fiel (25). En una palabra, no hay reconocimiento jurídico del principio del libre desarrollo de la personalidad como obligación positiva del Estado, sino postulado como una obligación de abstención del Estado. Es la versión más primitiva de la protección de la vida privada familiar, que en todos los sistemas fue abandonada por una obligación de protección positiva (26), que obliga al Estado a dar reconocimiento jurídico a la pluralidad de proyectos de vida. Es decir, que el proyecto de Código anuncia un pluralismo, pero en realidad propone solo dos modelos. El acompañamiento positivo de la libertad como la pluralidad, en términos de proyectos de vida en el marco del libre desarrollo de la personalidad sigue siendo materia pendiente.

El legislador no sólo prohíbe elegir cómo se vive el matrimonio, sino que también prohíbe también a los esposos discutir, oponerse, o siquiera elegir la modalidad de la ruptura. En todos los casos obra así, porque entiende que, si le diera esa otra libertad a los esposos, podría alterar la “paz familiar” o ser contraria al nuevo orden público (27). Se contradice así el principio de libertad: el legislador opta por una actitud paternalista. Le elige el modo de romper el matrimonio o la unión a las partes, porque entiende que si eligieran solos podrían equivocarse y autodañarse.

En una palabra, no es más que la misma vieja fórmula de la dogmática decimonónica con las ideas del nuevo legislador. No es que el legislador desista del paternalismo, es que propone

(24) Art. 446 Cód. Civ. y Com.: Nulidad de la renuncia. Es nula la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio; el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tiene por no escrito.

(25) El deber de fidelidad es moral, aunque la buena fe sea jurídica. Los unidos convivenciales en cambio están obligados a una relación exclusiva.

(26) Así lo expresa la Corte IDH en CIDH, Caso “Rochac Hernández y otros c. El Salvador”, 14/10/2014, párr. 107. En el mismo sentido: caso “De la Masacre de las Dos Erres c. Guatemala”, 24/11/2009, párr. 188. CIDH, caso “Contreras y otros c. El Salvador”, 31/08/2011, párr. 106. CIDH, caso “Fornerón e hija c. Argentina”, 27/04/2012, párr. 46. CIDH, caso “Atala Riffo c. Chile”, 24/12/2012, par. 169.

(27) Sobre el nuevo orden público familiar, ver MEDINA, Graciela, “Orden Público en el derecho de familia”, LA LEY del 10/11/2015; año LXXIX, nro. 212, p. 1.

un nuevo modelo de familia al que aspira y en este sentido limita las opciones para encauzar hacia el modelo único de matrimonio y de divorcio que ofrece el Código. A poco que se piense, el antiguo Código ofrecía más opciones y más opciones aun ofrecía hasta el derecho romano al regular la misma institución.

En cuanto a la noción de pluralismo familiar, lo dijimos, el nuevo Código Civil y Comercial se limita a reconocer apenas dos modelos de vida; las uniones convivenciales y los matrimonios. Los segundos, se encuentran estadísticamente en baja. Las primeras, responden solamente a un modelo único de convivencia y dejan afuera una enormidad de situaciones que son tal vez las más vulnerabilizadas: pensamos en las que se dan en los contextos más humildes. La informalidad y la falta de estabilidad vincular llevan a que los hogares estén con más frecuencia constituidos de tal suerte de que no haya ni uniones convivenciales ni matrimonios. Basta consultar las estadísticas (28). Se trata de un mosaico de alternativas no reguladas, precisamente donde más hacía falta mirar: los hogares más pobres, con mujeres y niños más vulnerables. El Código Civil y Comercial, en ese sentido, tampoco escapa a su vertiente patrimonialista decimonónica (al menos, y tal vez tan sólo, en la regulación de la familia). El nuevo derecho matrimonial es un derecho que se declina a partir de la clase media más que nada, y ni siquiera en todos los casos. En los ámbitos de mayor pobreza e informalidad ni el matrimonio ni las uniones convivenciales son la respuesta. Dos modelos de familia no es mucho para elegir. Así pues, de los segmentos más pobres, poco y nada hay para decir a partir de la norma civilista. Las rupturas de pareja de los grupos no visibilizados por el derecho tienen como herramienta rala el pedido de alimentos, siempre insuficiente y sólo para los hijos y nunca para las madres y abuelas u otros parientes que ejerzan el cuidado. No perdemos la esperanza

de que el derecho de familia también evolucione hacia una mayor sensibilidad social, que los Juzgados necesitan urgentemente.

Finalmente, el pluralismo también falta al no advertir las variedades étnicas, demográficas y culturales. Al ofrecer un catálogo cerrado más bien simple, el juez carece de suficientes opciones para las situaciones heterogéneas. Pensemos no sólo en las comunidades indígenas, sino la diferencia de constitución de las familias en las cada vez menos frecuentes zonas rurales o la familia en el norte del país, en los pueblos o en las grandes ciudades.

En síntesis, el telón de fondo de la regulación de la ruptura se inspira en el principio de libertad y pluralismo, aunque la plasmación de esa libertad y pluralismo se vea muy limitada en lo estructural. Sin embargo, al considerar los efectos

II.2. El sexo y el género frente a la neutralidad

El art. 402 regula el segundo principio, que asegura la neutralidad de género: no puede discriminarse a ninguna unión sea del mismo o de diferente sexo. El texto proviene literalmente del art. 42 de la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo (ley 26.618). El texto formula así el paradigma de la neutralidad de género: el derecho debería ser ciego al sexo, y basarse sólo en desigualdades objetivas.

Sexo y género, lo sabemos, son dos cosas distintas, ambas enormemente complejas de determinar. El sexo (más allá de la orientación sexual) determina una desigualdad sobre todo en el marco de relaciones heterosexuales que sigue siendo comprobada a nivel global (29).

Nada más hace dos años, un estudio de comparación de datos en el contexto de la realidad

(28) ODSA, Informe “Los argentinos y la familia”, Ed. Educa, 2015.

(29) Hay numerosos estudios. Un reciente estudio francés oficial demuestra una baja general del 14,5% de la situación económica de las mujeres por la ruptura (Divorcio o Pacs). BONNET, Carole — GARBINTI, Bertrand — SOLAZ, Anne, “Les variations de niveau de vie des hommes et des femmes à la suite d’un divorce ou d’une rupture de Pacs”, en *Couples et Familles*, Insee, 2015. Es de notar que en Francia la tasa de inserción en el mercado laboral de la mujer es muy alta. El estudio ofrece referencias a las demás estadísticas europeas, en las que la cuestión eventualmente se agudiza.

europaea devolvió un cuadro alarmante (30). Se trata de los efectos del divorcio económico del divorcio en los matrimonios. En todos los países europeos, en los que presumimos que la mujer ocupa tal vez mayor presencia en el espacio laboral que en algunas regiones de nuestro país, el impacto negativo en la mujer es palmario. La mujer, nos dicen otros estudios, sigue ocupando preferentemente el rol estereotipado de cuidado de los niños y también de ancianos y enfermos.

Que los estereotipos no nos gusten, no quiere decir que no existan. Para erradicarlos son necesarias políticas públicas a largo plazo, pero a corto plazo es necesario dar herramientas inmediatas de corrección.

Un estudio en curso en la Universidad de Cambridge sobre 500 casos demostró que los pedidos de atribución del hogar y de una suma compensatoria a la ruptura para la mujer implicaban invariablemente resultados peyorativos (31). Las mujeres, al momento de la ruptura solicitan ambas cosas, y terminan consumiendo la suma compensatoria para el mantenimiento del hogar atribuido y de los hijos. La función compensatoria se transmuta en alimentaria. La urgencia económica de la mujer al momento del divorcio la coloca en peor situación para negociar, y está dispuesta a aceptar cifras que le parecen grandes pero que se diluyen luego en el sostenimiento de una estructura de vida difícil de sostener, sobre todo cuando hay hijos y con la especialización sexual que sigue imperando el cuidado de los niños.

Puede ser que algún día sea posible convencer a las mujeres de que el cuidado de los hijos por los padres es una “des-sexualización” conveniente, pero hasta el día de hoy, eso no sucede ni en los países en los que la posicionamiento laboral de la mujer se encuentra muy desarrollada.

Mientras tanto, nos guste o no, la mujer argentina no debería sufrir la suerte de Lady Mac-

beth. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer nos impide invisibilizarla, “des-sexualizarla”, sobre todo cuando la jurisprudencia de la Corte IDH la considera invariablemente como un sujeto vulnerable y sujeta a discriminación plurifactorial (cuando se suma la pobreza, la jefatura de hogar, la maternidad u otros factores vulnerabilizantes, tales como lo hemos visto: la distribución desigual de las funciones en la vida matrimonial). La mujer, pese al principio de neutralidad del art. 402, requiere un trato diferencial, sobre todo cuando se encuentra en una relación heterosexual en dónde los equilibrios de poder son divergentes. Lo contrario sería desmentir una estructura supraprivatista, e incluso la hermenéutica a la que obligan los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com. Aunque el Libro de Familia se haya olvidado de nombrar a la mujer y la haya “des-sexualizado”, el sexo femenino sigue allí. Y el derecho sigue urgido a dar respuesta.

En realidad, otra de las invisibilizaciones del pluralismo familiar es no considerar la plasmación regional de la familia, como anticipamos más arriba. Proyéctese la impronta regional sobre la situación de la mujer. Hay áreas del país en el que la distribución del trabajo es más marcada y no resulta posible aplicar un esquema de efectos de la ruptura como podría aplicarse si se pensara en el modelo español de 2005 (que los “Fundamentos del Proyecto” acusan como fuente del sistema argentino) o el modelo francés. Para hacer trasplantes legislativos (32), lo explican los iuscomparatistas, es preciso medir el impacto social del país de origen y el país de destino que pueden ser diversos, así como las idiosincrasias en cada caso. Es posible que la legislación española funcione bien en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o en Rosario, ¿pero funciona bien en ámbitos en los que la división del trabajo y funciones de la familia se conciben de manera diferente? En esos ámbitos, la protección de la mujer puede volverse más urgente.

(30) Nos referimos al meta-estudio publicado por BONNET, Carole — GARBINTI, Bertrand — SOLAZ, Anne, “Gender Inequality after Divorce: The Flip Side of Marital Specialization”, Direction des Études et Synthèses Économiques, Insee, 2016.

(31) El estudio fue presentado por MILES, Jo, en el reciente Congreso Mundial de Derecho de Familia celebrado en Amsterdam del 25/07 al 30/07, de la International Society of Family Law.

(32) Hay mucho escrito, pero remitimos a un clásico elocuente: LEGRAND, Pierre, “The impossibility of legal transplants”, 4 Maastricht J. Eur. & Comp. L. 111 1997.

II.3. El principio de excepcionalidad

Una parte de la doctrina ha entendido crecientemente que los efectos del divorcio deben ser excepcionales. Finalmente, hoy, la ruptura, no es más que una posibilidad previsible al contraer nupcias. Más aún, el legislador no estipula tiempo mínimo de duración del matrimonio. La unión convivencial tiene más consistencia: al menos requiere dos años para constituirse. Es razonable entonces que los alimentos procedan raramente, y que las compensaciones económicas (siempre menos importantes) se otorguen con criterio restrictivo. Lo dijo en alguna intervención la Baronesa Ruth Deech, cuando soluciones análogas se propusieron en Inglaterra: “No es posible que la mujer quiera vivir a expensas del hombre después de divorciarse” (33).

La fragilidad que el matrimonio tiene en la mente del legislador, no responde sin embargo a muchos matrimonios que existen en la vida social (otra vez la importancia de la mirada pluralista auténtica). Desde los “divorcios grises” (cada vez más frecuentes en el derecho argentino y global) que son los divorcios de personas con matrimonios de 20-25 años de duración durante la sexta década de su vida, en los que la mujer queda muy mal parada; hasta las rupturas de matrimonios con hijos pequeños, siempre más vulnerables. La excepcionalidad de efectos de la ruptura se lleva muy mal con estas realidades y provoca efectos muy injustos.

Lo mismo sucede con las uniones convivenciales. Hay muchas uniones convivenciales. Por empezar, están las cortas y están las largas. ¿Una unión convivencial que duró 40 años, puede tener los mismos efectos que una que duró 3? La excepcionalidad tampoco resulta admisible aquí, y la formulación escueta de los efectos (solo se admite la atribución por un máximo de dos años de la vivienda y a lo sumo la compensación económica) es insuficiente. Es necesaria una batería de posibilidades para que el juez

pueda cumplir las diversas funciones distributivas, conmutativas, correctivas, resarcitorias y dejar a la mujer en una posición justa.

Finalmente, las convivencias seguidas de matrimonio, tan frecuentes en nuestra realidad social son otro vacío. ¿Qué hacer? ¿Otorgaremos efectos sólo respecto de lo último y no de lo primero? ¿Qué si fue un matrimonio corto precedido de una convivencia larga?

En última instancia, lo señalaron muy bien un grupo de alumnos de grado de la Universidad Austral en su monografía final (34), el *quid* está en que el derecho pueda modular efectos de acuerdo a la “intensidad vincular”. Pero para eso, deberían regularse un menú de efectos (abrir opciones) y establecer parámetros axiológicos de las uniones que resultan más valiosas para el legislador y respecto de las que conviene por razones diversas, atribuir efectos de mayor intensidad para corregir desigualdades (vulnerabilidad, pobreza, etc.).

III. Unas líneas conclusivas

El art. 402 se prohíbe toda discriminación en orientación sexual o género (35). Basta con que cualquiera de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio. Hay un “derecho a no continuar casado” (36), que se proyecta sin más sobre los efectos del matrimonio. El nuevo Código Civil y Comercial reduce las hipótesis de procedencia de los alimentos, derivando en todo caso a los pedidos de compensación económica, que se deben hacer preferentemente en un solo pago o en pagos por tiempo limitado.

Los efectos personales económicos del divorcio (alimentos, compensaciones, atribución de la vivienda) y los de las uniones convivenciales (compensaciones económicas), no visibilizan la división de sexos y su efecto peyorativo. Están previstos para un matrimonio neutral de género.

(33) DEECH, Ruth, “The principles of maintenance”, Family Law 7:229-235, 1977.

(34) No tenemos aún la autorización de los autores, pero para la conferencia que pronunciamos en las Jornadas Nacionales, confiamos en poder divulgarlos.

(35) Todo según los “Fundamentos del Anteproyecto”, “Matrimonio”.

(36) *Ibid.*

Pese a eso, implícito y entre líneas se valora el trabajo del hogar, la capacitación del cónyuge, el trabajo que pueda conseguir en el futuro y quién quede al cuidado de los hijos o haya quedado al cuidado de ellos. Todas pistas que remiten a estereotipos sociales vinculados con la mujer.

Con todo, si uno se aleja del árbol para ver el bosque, las posibilidades de una mujer en situación de vulnerabilidad se encojen, comparadas con el Código Civil y Comercial anterior. La batería de instrumentos del Juez se encoge junto con los supuestos de procedencia de los alimentos y las compensaciones. Algunas funciones de las transferencias económicas se combinan mal por no tener a la vista el cuadro global. Por ejemplo, la hipótesis de la separación de bienes genera, por ejemplo, un escenario bien distinto, que podría necesitar ser considerado a la hora de regular las demás transferencias económicas. Pensar el principio de excepcionalidad de efectos del divorcio a la luz del régimen de comunidad, es muy distinto que pensarlo a la luz del régimen de separación.

En estas circunstancias, se vuelve indispensable *de lege ferenda*, ampliar el espectro de herramientas que tiene el juez para regular la amplitud de los efectos frente a la ruptura de acuerdo al caso concreto que tiene que juzgar. Tal vez incluso habilitar la equidad, como había propuesto la reforma de 1968 (37). Frente a la falta de reconocimiento de las diversas constituciones posibles de familia que se presentan en el derecho argentino y la única referencia a dos modelos posibles que deja afuera tantas otras opciones, el juez debe tener al menos todas las alternativas a mano.

Para ello deberían ampliarse los supuestos en que procedan los alimentos estableciendo adecuadas proporcionalidades, no limitar la concesión los alimentos a quién además reciba las compensaciones económicas (art. 434), no

asustarse de la función resarcitoria del derecho (no hubo excesos antes, no debería haberlos ahora), a fin de que el juez pueda distribuir, conmutar, corregir, reparar los efectos de la ruptura en aras de la mejor solución posible frente a la situación invariablemente débil de la mujer.

De lege lata, volvemos a nuestra querida jurista santafesina, más viva hoy que nunca: la interpretación en el derecho de familia funciona de tal suerte, que debe estar teñida no sólo por las reglas formales, sino también por el principio de justicia y *favor debilis* (38), que no es más que su derivado (igual a los iguales, distinto a los distintos). Así pues, *de lege lata*, y aunque este trabajo no sea estrictamente una ponencia, propiciamos que la interpretación del derecho vigente, que es restrictivo, se haga amplificando las normas, en consonancia con lo dispuesto en los arts. 1º y 2º, para conducir a resultados justos. El “axioma de la interpretación jurídica” ha de ser el siguiente: “Debe estarse siempre a aquella interpretación que conduzca a la solución más justa del caso jurídico de que se trate”, y “...Ninguna sistematización de reglas es suficiente como para alcanzar por ella sola, la solución de los complejos, contingentes y mudables problemas que plantea la vida humana, en especial la vida jurídica. Por ello, es indispensable la intervención de la sabiduría práctica para que el juego de las directivas se realice adecuadamente y la decisión sea efectivamente la que conduzca a la más justa resolución posible de cada caso” (39). En este sentido, el principio de equidad, aunque no esté formulado explícitamente, sigue siendo un recurso válido de aplicación del derecho, hoy. Aunque a veces parezca mentira: el derecho de familia es parte del derecho civil y comercial y se aplican a él (diríamos incluso, intensivamente, acentuadamente) los principios de buena fe, equidad, abuso del derecho, *pacta sunt servanda*, *alterum non laedere*, etc.

(37) Especialmente en los arts. 1306 segundo párrafo, pero sobre todo en el antiguo art. 1316 bis: “Los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal al tiempo de la disolución de ésta, se determinarán reajustándolos equitativamente, teniendo en cuenta la fecha en que se hizo la inversión y las circunstancias del caso”.

(38) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “Los principios jurídicos en las relaciones de familia”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, ps. 402 y ss.

(39) MASSINI CORREAS, Carlos I., “Determinación del derecho y directivas de la interpretación jurídica”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, nro. 1, Santiago, 2004, ps. 155 y ss.

El juez está obligado a digerir la pluralidad de familias y la libertad real en la plasmación de la familia vivida con un elenco de valores propios que el legislador tal vez no recibió. Le toca al juez y al abogado leer dentro (*intus legere* es la raíz de la palabra inteligencia) de la juridicidad intrínseca de cada familia para obtener el mejor resultado posible.

Ese resultado es el inverso de la tragedia shakespeareana, que termina en disolución y muerte. Des-sexualizar a la mujer, negarle su condición en la palabra y la narrativa del derecho, es negar

algo de su identidad y oscurecer una preocupación central de la sociedad occidental.

La obligación de legislar y aplicar el derecho con perspectiva de género consiste en visibilizar, en nombrar, en empatizar con la situación de la mujer en las muchas familias, aun las que no están reguladas, y ver que la autonomía de la voluntad así planteada es más un mito urbano que una realidad. Rostros reales, mujeres reales y justicia real. Pongámosle un nombre a Lady Macbeth, tal vez logremos humanizarla, sexualizarla y suavizar y tal vez evitar en alguna medida el drama.

La obligación de saneamiento

Por Juan Manuel Aparicio

SUMARIO:

I. La obligación de saneamiento en general.– II. La garantía contra la evicción.– III. Vicios ocultos.

I. La obligación de saneamiento en general

Introducción. Entre los efectos naturales de los contratos onerosos, se encuentra lo que el Cód. Civ. y Com. engloba bajo la denominación de obligación de saneamiento, comprensiva de lo tradicionalmente considerado como la garantía por evicción y por los vicios redhibitorios. La idea que informa estos institutos, es que en la transmisión de un derecho a título oneroso, el transmitente debe garantizar tanto la ausencia de vicios jurídicos, esto es, aquéllos susceptibles de provocar la pérdida, disminución o restricción del derecho transmitido, como la inexistencia de defectos materiales del bien objeto de dicha transmisión.

En esta materia, el Código de Vélez, legisló sobre ambas garantías que constituyen efectos natu-

rales de los contratos a título oneroso, siguiendo los lineamientos del sistema tradicional, y concibiéndolas como una fuente de obligaciones autónomas, distintas de las que tenían por objeto el cumplimiento de un contrato. Les asignó un ámbito de aplicación diferenciado y requisitos que les eran propios. Asimismo, siguiendo al Código Austríaco de 1812, y al Esboço de Freitas, optó por reglamentar en general ambas garantías. No obstante, incurrió en el desacierto metodológico de ubicar esta reglamentación en los Títulos 13 y 14 de la Sección Tercera del Libro Segundo. En ellos, ambas garantías aparecían entremezcladas entre la sucesión de títulos dedicados a establecer el régimen de diversas figuras de contratos típicos. La garantía de evicción y la garantía por los vicios redhibitorios, configuran efectos naturales de los contratos onerosos. Si se opta por la reglamentación en general, su

ubicación debe, obviamente, constituir un capítulo inserto en el régimen general del contrato. Por ello, la ubicación metodológica que presenta el nuevo Código, legislando sobre la evicción y los vicios redhibitorios en la parte general del contrato y dentro del capítulo dedicado a sus efectos, constituye un acierto.

El Código Civil y Comercial de la Nación. Fuente. El Cód. Civ. y Com. se ha inclinado por mantener el temperamento del Código de Vélez y bajo la denominación “obligación de saneamiento” legisla sobre la evicción y los vicios, en el Título II de Libro Tercero, consagrado a la parte general del contrato, específicamente en la Sección 4ª del Capítulo 9º, dedicado a sus efectos.

La fuente de inspiración de este régimen es indudablemente el Proyecto de 1998. Los fundamentos de dicho Proyecto, en cuanto al tema, aparecen encabezados con el planteo de una cuestión semántica, relativa al uso de la expresión “obligación de saneamiento”, empleada como común denominador. Ella, se afirma, proviene del Código Civil de Chile y del Código Civil peruano. Se arguye que el vocablo saneamiento, tendría el significado de abarcar las garantías por evicción y por vicios redhibitorios, según el diccionario de la lengua.

La reglamentación contenida en el Proyecto de 1998, es una copia –a veces textual– de las consideraciones que se vierten en un Manual de Derecho Civil sobre contratos, en el cual se exponía el régimen de las garantías por evicción y vicios redhibitorios en el Código de Vélez y responden a las ideas en él vertidas.

Sistemas de regulación en la legislación comparada. En el referido Manual, y en los fundamentos de la reglamentación que en él se inspira, se afirma que en los supuestos de estas garantías, el adquirente dispone de dos vías que se darían simultánea y alternativamente: Por un lado, hacer valer las garantías o, por el otro, ejercer los remedios derivados del incumplimiento. Los sistemas que existen en derecho comparado en materia de evicción y de vicios, como se verá, son fundamentalmente dos: uno, de origen romano, prevé la existencia de garantías autónomas que van adjuntas al cumplimiento; el otro, considera a los supuestos por evicción y por vi-

cios, como manifestaciones del incumplimiento de una prestación. El Código de Vélez optó claramente por el primero.

La hibridez de una propuesta. El nuevo Código Civil y Comercial, al tratar estas garantías en general, lo hace influido por la idea que propugna el ejercicio indiferenciado de cualquiera de ambas vías. Este punto de partida anticipa que la reglamentación resultante de este *a priori*, está impregnada de un carácter híbrido que dificulta su comprensión, una suerte de hermafroditismo en el que participan dos géneros distintos que, a veces, se excluyen recíprocamente, cuya entremezcladura origina complicaciones lógicas. Si a ello se le suman inexplicables omisiones, la tarea hermenéutica se dificulta. El objetivo de la interpretación debe ser el de dotar de racionalidad y coherencia al régimen estructurado por el Cód. Civ. y Com.

Diferencias entre la evicción y los vicios ocultos. Es cierto que la garantía contra la evicción como la por vicios ocultos, tienen algunos rasgos comunes. Ambas representan efectos naturales de los contratos onerosos, En las dos, por lo tanto, desempeña un papel semejante el principio de autonomía. Ambas tienen similitudes en cuanto a la legitimación. Empero, como se desprende de un tratamiento integral de ellas, se trata de supuestos diferentes. Ese hecho, más allá, de algunas coincidencias, presenta obstáculos para que se mixture su tratamiento, en un vano y estéril intento de generalización. Estas consideraciones determinan que resulte conveniente el análisis separado de ambas garantías.

II. La garantía contra la evicción

II.1. Caracterización

Conceptos generales. La evicción, es un término que proviene de los vocablos *evictio* y *evincere*, que hacen referencia a una derrota que se produce en un juicio, en especial cuando una sentencia acoge la pretensión de reivindicación de una cosa, a la que se asocia la idea de la victoria del reivindicante. Comprende las situaciones en que la existencia o la extensión el derecho transmitido están expuestas a sufrir las consecuencias de la reclamación de un tercero fundada en un derecho.

El art. 1044 del Cód. Civ. y Com. prescribe que la responsabilidad por la evicción asegura la existencia y legitimidad del derecho transmitido. La mejor manera de aproximarse a su caracterización es tener en cuenta su contenido. Presupone que la existencia o extensión del derecho transmitido se ve comprometida por reclamos de terceros que se fundan en un derecho. Es lo que se denomina la turbación del derecho. Si tales reclamaciones prosperan, se produce la privación total o parcial del derecho adquirido. Vale decir la garantía de evicción configura una secuencia: comienza a funcionar cuando acaece la turbación. A partir de ese momento se generan obligaciones del transmitente. En este período inicial, en que se pone en movimiento la garantía, que se ha denominado principio de evicción, nace la obligación del transmitente de asistir y de defender al adquirente. Se trata de una obligación de hacer. Si la reclamación del tercero es exitosa, opera la privación total o parcial del derecho del adquirente. Se produce el desenlace que se considera como la evicción producida, esto es, el de la pérdida o de la derrota que se corresponden con el significado etimológico del vocablo evicción. A la par de lo señalado, el elenco de obligaciones que se derivan de la garantía se completa con la obligación que tiene el garante de abstenerse de perturbar el derecho transmitido. Es una obligación de no hacer.

II.2. Requisitos de la garantía

Transmisión de un derecho a título oneroso. En primer lugar, para que exista la garantía de evicción es imprescindible que el derecho atacado por un tercero derive de una transmisión que ha tenido lugar entre el adquirente y el garante. Se trata de una adquisición derivada de un derecho que entraña una sucesión a título particular. El Cód. Civ. y Com., en el inc. a) del art. 1033 dispone que están obligados al saneamiento que incluye la garantía por evicción, *el transmitente de bienes a título oneroso*. En puridad de concepto esta garantía se vincula con la transmisión de un derecho que padece un vicio, con independencia de los bienes que constituyen su objeto. Ergo, si un derecho es adquirido originariamente, por ejemplo la apropiación de un objeto que se ha considerado por error *res nullius*, frente a la demanda de reivindicación no existe garantía de evicción.

Exclusión. La transmisión debe operarse a título oneroso; por consiguiente, no se da la garantía por evicción en las transmisiones de derecho a título gratuito. En este orden de ideas, el art. 1556 del Cód. Civ. y Com. establece la regla que el donante sólo responde por la evicción en los supuestos de excepción que menciona, reiterando lo que disponía el art. 2146 del Código de Vélez.

El inciso b) del artículo 1033 del Código Civil y Comercial de la Nación. Según el inc. b) del art. 1033 del Cód. Civ. y Com., la obligación de saneamiento que incluye la evicción, se da asimismo en la división de bienes comunes. La división o partición es un modo por el cual se pone fin a una situación de comunidad, –ya sea una situación de indivisión hereditaria o un condominio– mediante de la conversión de un derecho indiviso que representa una cuota parte sobre el todo, en un derecho sobre un bien o bienes singulares y concretos de la comunidad, o sobre una parte concreta de la cosa, cuando ésta es susceptible de fraccionamiento.

La transacción. La garantía por evicción no tiene lugar respecto de aquellos contratos que tienen una finalidad meramente declarativa, en cuanto se limitan al reconocimiento de derechos o a aclarar una situación preexistente para darle fijación y certeza. En este orden de ideas, el art. 836 del Código de Vélez prescribía que por la transacción no se transmiten derechos, sino que se declaran o reconocen derechos que hacen al objeto de las diferencias sobre que ella interviene. La declaración o el reconocimiento de esos derechos no impone al que los hace responsabilidad alguna en caso de evicción. Ello es totalmente cierto mientras la transacción se contraiga a desempeñar esa función declarativa y no se lleve a cabo, como complemento de ella, la transmisión de algún derecho. Tal ocurre cuando, como contrapartida de alguna renuncia de una de las partes, la otra lleva a cabo dicha transmisión ajeno a la controversia, La transacción reviste en tal caso un carácter complejo y doble. Sigue manteniendo su carácter declarativo en cuanto a los derechos objeto de la transferencia, empero se le suma la mencionada transferencia del derecho que constituye un negocio que se ha considerado como un precio de la transacción y que no participa del

carácter declarativo. Por tanto, respecto de él, opera la garantía de evicción. Así lo prescribía el art. 838 del Código de Vélez. El Cód. Civ. y Com. ha omitido atribuirle de manera expresa ese carácter declarativo a la transacción; empero, la solución final no puede dejar de ser coincidente a la expuesta.

Transmisión de derechos reales. Para determinar el momento en que se opera la transmisión del derecho, corresponde, en primer término, referirse a la transmisión de derechos reales. El Cód. Civ. y Com., manteniendo el sistema del Código de Vélez, en el art. 1892, prescribe que la adquisición de un derecho real, derivada de actos entre vivos, requiere la concurrencia de título y modos suficientes. En consecuencia, cuando se trata cosas muebles, el contrato representa tan sólo el título suficiente para la transmisión del derecho real, en particular, el dominio. Y la tradición es el *modus acquirendi* que perfecciona la transmisión y permite hablar de la verificación de ella. Cuando se trata de inmuebles, el título suficiente es el contrato, siempre que observe la exigencia formal de celebrarse por escritura pública (art. 1017, inc. a) del Cód. Civ. y Com.); y la tradición es el *modus* suficiente para que se opere la transferencia. El art. 1893 del Cód. Civ. y Com., a su vez manteniendo el sistema de la legislación precedente, establece una forma de publicidad consistente en la inscripción registral, para que la adquisición y transmisión de los derechos reales sobre inmuebles sean oponible a terceros. Empero, desde el punto de vista de la garantía de evicción, la transmisión del derecho se entiende operada cuando concurren el título suficiente y el modo, la tradición.

El boleto privado de compraventa. La cuestión discutible se ha planteado con respecto al boleto privado de compraventa. Cuando este contrato preliminar es de ejecución anticipada, resulta factible que el adquirente reciba la posesión de la cosa. Empero falta el título suficiente, esto es, el contrato que cumpla la formalidad de la escritura pública para que se opere la transferencia del dominio. No obstante, se ha defendido la tesis de que la garantía por evicción podía operar no sólo ante las turbaciones del dominio sino también de la posesión. Esa postura impregnada de tradición romana, tenía una base sólida de apoyo en el art. 2091 del Código de Vélez que preceptuaba, entre otros requisitos,

que habrá evicción cuando el adquirente por título oneroso “sufriese una turbación de derecho en la propiedad, goce o posesión de la cosa”. Sin embargo, el Cód. Civ. y Com. ha omitido esa referencia a la posesión. No debe perderse de vista que la principal obligación del vendedor en el contrato de compraventa es la transferir la propiedad de una cosa (art. 1123 del Cód. Civ. y Com.). La transmisión de ese dominio, valga la reiteración, requiere, amén del modo suficiente –la tradición–, un título suficiente que es el contrato de compraventa que, en este caso, debe observar la exigencia formal de ser celebrado por escritura pública. Como no se ha observado tal exigencia, no puede producirse la transmisión del dominio del inmueble. Faltando el requisito de la transmisión del derecho, la garantía por evicción no puede operar. El adquirente por el boleto de compraventa dispondrá en defensa de sus intereses, los derechos que le brinda la promesa de contrato que ha celebrado.

Derechos personales. En materia de derechos personales, como ocurre en particular con los derechos de crédito, el contrato tiene un efecto dispositivo y la transmisión del derecho se verifica como una consecuencia de su celebración, aunque la ley como una forma de publicidad exige la notificación del deudor cedido para la cesión surta efectos y sea oponible a los terceros (arts. 1614 y 1620 del Cód. Civ. y Com.).

Turbación del derecho. El inc. b) del art. 1044 del Cód. Civ. y Com., enuncia otro requisito de la garantía por evicción *toda turbación de derecho, total o parcial que recae sobre bien*. Se trata de una exigencia tradicional para que se ponga en funcionamiento la garantía. Ella importa una secuencia, que se inicia con esta turbación de derecho, entendiendo por tal, con mayor precisión y rigor, toda reclamación judicial o extrajudicial de un tercero, fundada en un derecho que, de prosperar, es susceptible de provocar la privación total o parcial del derecho adquirido.

Si no existe tal turbación de derecho, el temor a la evicción por más fundado que sea, no torna exigible ninguna de las obligaciones comprendidas en la garantía. Solamente puede dar lugar a remedios que se diferencian de ella.

El derecho fundamento de la reclamación. El derecho en que se funda la reclamación del

tercero, puede ser real o personal. El inc. b) del art. 1044 del Cód. Civ. y Com., teniendo, seguramente como fuente de inspiración al art. 42 de la Convención de Viena de 1980, enuncia como una manifestación específica de turbaciones de derecho, a “los reclamos de terceros fundados en derechos resultantes de la propiedad intelectual o industrial, excepto si el enajenante se ajustó a especificaciones suministradas por el adquirente”. La excepción tiene como fundamento que en el supuesto que la conforma, la evicción sería imputable al transmitente.

Causa anterior o contemporánea a la adquisición. Otro requisito de la garantía es que la turbación debe fundarse en una causa anterior o contemporánea con la adquisición del derecho (inc. a) del art. 1044). Se ha planteado el interrogante de la solución que debe darse al supuesto en que el origen del derecho que puede ocasionar la evicción, es anterior a su transferencia, pero se consolida con posterioridad por el paso del tiempo. Concretamente se hace referencia a la prescripción adquisitiva. El tema se ha planteado en el derecho francés en el cual el dominio se transmite por el sólo efecto del consentimiento. Perfeccionada la transferencia, es factible que un tercero se encuentre en posesión del inmueble que con posterioridad adquiere por usucapión. Las opiniones variaron desde quienes pensaron que existía un germen de evicción del cual se debe responder, hasta los partidarios de la tesis contraria. Las tesis intermedias terminaron por prevalecer: la cuestión de resolverse teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto para esclarecer a cuál de las dos partes debe imputarse la prescripción. Es la opinión de Marcadé (1) que acogió el art. 2095 del Código de Vélez. De este modo, por ejemplo, si la prescripción se ha producido en una fecha tan aproximada a la compraventa, de modo tal sea dable reputar que el adquirente no ha tenido el tiempo normal para interrumpirla, la garantía por la evicción será admisible.

El inciso c) del artículo 1045 del Código Civil y Comercial de la Nación. El supuesto en cuestión

también ha sido considerado por el inc. c) del art. 1045. Comienza este artículo disponiendo que por vía de regla *la evicción resultante de un derecho de origen anterior a la transferencia, y consolidado posteriormente*, no está comprendido en la garantía. Empero, establece, como excepción, que, sin embargo, *el tribunal puede apartarse de esta disposición, si hay desequilibrio económico desproporcionado*. En verdad, la excepción está concebida en términos inextricables, que no tienen ningún precedente y que se encuentran desprovistos de toda conexión lógica de la hipótesis que debe ser resuelta. El único criterio que puede servir fundamento a la excepción, es la apreciación de la conducta de quien puede ser el responsable la prescripción, que cabe repetirlo ha logrado franco predominio en el derecho francés y fue incorporado al Código de Vélez, antecedente del precepto comentado. El buen sentido, más allá de toda otra forzada disquisición, impone que debe seguir prevaleciendo tal entendimiento.

La cuestión en el contrato de compraventa. No obstante, si se repara en que en nuestro derecho el contrato de compraventa tiene efectos obligatorios y, por tanto, no opera la transmisión del dominio, sino que sólo sirve de título y debe ser acompañado con la tradición para que tal efecto se produzca, se advierte que la hipótesis comentada tiene mínimas oportunidades de plantearse. Si la tradición consiste en la entrega de la posesión de la cosa vendida, ella no puede verificarse, si dicha cosa se encuentra poseída por un intruso. No pueden concurrir sobre una cosa varias relaciones de poder de la misma especie que se excluyan entre sí, prescribe el art. 1913 del Cód. Civ. y Com. Si, por ende no pudo verificarse entrega de la posesión, no es dable que se opere la transferencia del derecho dominio, presupuesto de la evicción. Únicamente podría admitirse una hipótesis del género en la venta de un inmueble de considerable superficie, en que al verificarse la tradición, quede una pequeña área que este poseída por un tercero, cuando quepa pensar que, dadas las circunstancias, dicha situación pudo haber escapado al control de las partes.

(1) MARCADÉ, C., “Explication du Code Civil contenant l’analyse critique des auters et de la jurisprudence”, Delamotte et fils, París, 1875, nro. 1626, t. 6, p. 263, quien hace un repaso de las opiniones contrarias, por un lado Pothier y por el otro, Troplong, Duvergier y Zachariae.

Un caso de esta índole, podría tener lugar en materia de servidumbres. Un modo especial de la extinción de ellas, es el no uso por persona alguna, durante diez años (art. 2182, inc. b) del Cód. Civ. y Com.). Si ese plazo ha comenzado a correr antes de la transferencia de un derecho al titular, que comprende la servidumbre, y la extinción se produce con posterioridad, podría configurarse una hipótesis semejante a la que ha sido objeto de análisis.

II.3. La obligación de defensa. La citación del garante

Procedencia y caracteres de la citación. La turbación de derecho que pone funcionamiento la garantía, genera la obligación del garante de asistir y defender al transmitente, frente a la reclamación del tercero. Si ese reclamo se articula judicialmente en una pretensión que puede provocar la privación total o parcial del derecho, el adquirente tiene el derecho de instar la citación del garante al juicio, el que debe comparecer en los términos de la ley de procedimientos (art. 1046 del Cód. Civ. y Com.).

La citación como un deber del garantido. Si bien se desprende del art. 1046 Cód. Civ. y Com. que es una facultad del adquirente la de instar la citación a juicio del garante, como en el litigio están comprometidos los intereses de quien debe responder por evicción, también se ha concebido a dicha citación como un deber del garantido. Es por ello, que el inc. a) del art. 1048 del Cód. Civ. y Com. prescribe que cesa la responsabilidad por evicción, si el adquirente no cita al garante o lo hace después de vencido el plazo que establece la ley procesal.

La defensa del garantido. Exigencias. Al mismo tiempo, como al margen de lo que ocurra con respecto a la citación, el adquirente no pierde su condición de parte en el juicio y debe seguir interviniendo en él, la ley establece que dicha intervención debe ajustarse a los cánones de la buena fe. Consecuentemente, el inc. b) del art. 1048 del Cód. Civ. y Com. establece que cesa la garantía de evicción cuando el garante no comparece al proceso judicial y el adquirente, actuando de mala fe, no opone las defensas pertinentes, no las sostiene, no interpone, o no prosigue los recursos ordinarios de que dispone

contra el fallo desfavorable. El Código de Vélez, en el art. 2112 establecía una disposición similar a la del inc. b) del art. 1048, con la diferencia que en cambio hacer mención a la mala fe en la omisión defensiva, se refería al dolo o la negligencia del adquirente. Cabe entender, que en definitiva se mantiene el tratamiento análogo. La mala fe subjetiva no es sinónimo de dolo, sino que se traduce tanto en un conocer cabalmente lo que puede hacerse y omitir proceder en consecuencia, como, asimismo en un no conocer pese a haber sido dable con conocer, empleando la debida diligencia. Sin embargo, todas estas causales de cesación de la garantía que se acaban de enunciar, operan, como se ha anticipado y cabe reiterarlo, por vía de regla. El adquirente puede remover estos obstáculos y lograr la subsistencia de la garantía, si prueba que por no haber existido oposición justa que hacer al derecho del vencedor, la citación oportuna del garante por evicción o la interposición o sustanciación de los recursos, eran inútiles. Amén de ello, en su caso, que el allanamiento o el laudo desfavorable son ajustados a derecho (último párr. del art. 1048 del Cód. Civ. y Com.).

II.4. La obligación del garante de no turbar

Alcance. Conectada con el requisito de la turbación, corresponde reiterar que pesa sobre el garante la obligación de no perturbar el derecho transmitido al adquirente. Esta obligación de no hacer, está enunciada en aforismo tradicional *quien debe garantía no puede vencer*. El garante, por tanto, no puede hacer reclamaciones, fundándose en un derecho, relacionadas con los vicios del derecho que él transfirió. Por ejemplo A transmite a B el dominio de un inmueble, expuesto a la evicción porque C tiene un mejor título. Si C fallece y A es su heredero, no podría ejercer contra B una acción de reivindicación, porque, por ser el autor de la transmisión del derecho viciado, no le es dable ser autor de la turbación.

La inclusión de las turbaciones de hecho. Asimismo, no solamente le está vedado al garante turbar el derecho transmitido fundándose en un derecho, sino que también le están prohibidas las turbaciones de hecho. El adquirente en el caso que tales turbaciones se produzcan, no

sólo contará con los remedios comunes para enervarlas, sino que también dispondrá de este remedio de raigambre contractual para reclamar su cese.

II.5. La privación del derecho y la sentencia

El requisito de la sentencia. Se ha indicado que la turbación de derecho por parte de un tercero, es el acto preliminar que puede originar la privación total o parcial del derecho adquirido, esto es, producir la evicción. Cuando la reclamación del tercero se deduce judicialmente, dicha privación deber operarse en virtud de una sentencia que acoja ese reclamo. Por vía de regla, lo establecía el Código de Vélez (arts. 2091, 2092, 2093 y 2112). El Cód. Civ. y Com., en el art. 1049 inc. b), también hace referencia a este requisito cuando prescribe que el acreedor de la responsabilidad por evicción tiene derecho a la resolución del contrato, si una sentencia o un laudo produce la evicción.

Adquisición del derecho por un título independiente. El Código de Vélez establecía como excepción a esta regla, el supuesto en que el derecho del tercero que puede producir la evicción, fuese adquirido por el sujeto garantido, en virtud de un título independiente de la enajenación que se le hizo (art. 2092). Aunque el Cód. Civ. y Com. no ha previsto expresamente esta hipótesis, la solución no puede ser distinta a la que establecía el Código de Vélez.

El reconocimiento extrajudicial del derecho del tercero. La turbación del derecho adquirido por un tercero, puede deducirse judicialmente o bien traducirse en una reclamación extrajudicial. Cuando se hace uso de la vía judicial, si el adquirente se allana a la pretensión del tercero, sin la conformidad del garante, subsiste la garantía si se prueba que no existía oposición justa que pudiera ser hecha valer contra el derecho del vencedor. Cabe preguntarse si cuando la reclamación del tercero es extrajudicial ¿puede también el tercero reconocer su procedencia, cuando se den las condiciones expuestas, sin necesidad de que ella se articule judicialmente? Durante la vigencia del Código de Vélez, se propugnó la solución afirmativa. Se la fundaba en el art. 2111 que preceptuaba que el enajenante responderá por la evicción, cuando, sin citar de saneamiento al enajenante, reconociese la

justicia de la demanda y fuese privado del derecho adquirido, si probase que no había ninguna oposición justa que hacer al derecho del vencedor. Se correlacionaba el precepto con lo que expresaba el Codificador en la nota al art. 2091, que definía la turbación de derecho como toda demanda judicial o extrajudicial por la que el tercero reclamase un derecho cualquiera.

La regla general de la buena fe permite interpretar que deben equipararse ambas situaciones, cuando las dos tienen un idéntico fundamento, es decir, cuando se acredite incontestablemente que no existe ninguna defensa idónea que permita una oposición fundada al derecho invocado por el tercero. Discriminar el alcance de la protección al adquirente que debe padecer la evicción, para diferenciarla según que el reclamo del tercero haya dado lugar o no a la apertura de un proceso judicial, significa agravar innecesariamente su situación, constriéndolo a tener que soportar los gastos y la pérdida de tiempo que todo juicio entraña. Lo importante es que la facultad que se le confiere al adquirente en una y en otra hipótesis, con mayor rigor en la comentada, está condicionada a que acredite, de modo inobjetable y palmario, la ausencia total de medios defensivos aptos para contrarrestar y oponerse a la reclamación del tercero.

II.6. Efectos de la evicción producida

Trascendencia. Cuando el reclamo del tercero tiene éxito, determina la privación total o parcial del derecho adquirido. Tal privación abre la etapa central y definitiva de la figura, esto es, la evicción producida. El efecto, cuando se dan los requisitos expuestos, es lo que tradicionalmente, en nuestro derecho, recibió la denominación de obligación de saneamiento. El contenido de dicha obligación puede abarcar la restitución del precio y la indemnización del daño producido.

El Código Civil y Comercial de la Nación. El Cód. Civ. y Com., además de las disposiciones generales, también contiene preceptos relativos a la evicción, en la permuta (art. 1174), en la partición entre copartícipes (arts. 1996 y 2404 a 2406), en la donación (arts. 1456 y 1457), en la cesión de créditos (arts. 1628 a 1631), en la cesión de posición contractual (art. 1639) y en

la cesión de herencia (art. 2305). Ha omitido toda referencia a ella en la locación. Empero, inexplicable y paradójicamente, el Cód. Civ. y Com. ha omitido consignar normas referentes a la evicción en el contrato de compraventa. No debe perderse de vista que se trata del contrato que ha desempeñado un papel emblemático en la construcción de la figura. No sólo porque configura el paradigma de los contratos de cambio, sino también porque en la realidad y en la práctica, la mayor proporción de cuestiones que se plantean se vinculan con este contrato. A tal punto, que en el derecho comparado, el tratamiento de la evicción se lo concibe, fundamentalmente, como un capítulo infaltable de este contrato.

Esta omisión a la que se suman otras, unida a que el régimen general no ha sido estructurado con la claridad que era de esperar, constriñen, cabe repetirlo, un esfuerzo de interpretación dirigido a la construcción de un sistema racional y coherente en la materia.

Reiteración de observaciones. Es en este aspecto más trascendente de la figura, en el cual caben reiterar las observaciones hechas a la reglamentación del Cód. Civ. y Com. Como se ha adelantado, la fuente de inspiración de ella, es el Proyecto de 1998. Los fundamentos de dicho Proyecto, consistían en una interpretación de la legislación vigente, según la cual en el Código de Vélez confluían indistintamente, en materia de evicción, tanto los remedios por incumplimiento, como los previstos para la figura. Tal tesis híbrida sólo constituía una originalidad, no sólo porque contaba con ningún apoyo serio en el derecho nacional otrora vigente, donde se pensaba infundadamente que tendría cabida, sino también porque no registraba ningún antecedente en el derecho comparado. En efecto, cabe repetir que en lo concerniente a los vicios que puede tener el derecho que se transmite, existen dos sistemas. El primero de ellos, el tradicional, instituye una garantía autónoma, adjunta a la transmisión del derecho. El otro propugna que todos estos supuestos representan el incumplimiento de una obligación que nace del contrato, la de transmitir un derecho libre de derechos de terceros. Su inobservancia da lugar a los remedios que forman parte de la responsabilidad por incumplimiento. Se trata de soluciones antagónicas, al punto tal que

la adopción de uno de estos sistemas, significa la exclusión del otro. No resulta lógicamente aceptable ni conveniente la cohabitación indiscriminada de ambos.

Las dificultades hermenéuticas se intensifican, por la vocación del Código por las generalizaciones, que lo ha inclinado a iniciar la Sección dedicada a la obligación de saneamiento con un tratamiento conjunto de las garantías por evicción y por vicios redhibitorios. Es cierto que ambas tiene puntos comunes de contacto. Empero, difieren sustancialmente, porque, huelga la repetición, la garantía de evicción tiene necesariamente tres protagonistas y opera respecto de una situación triangular, lo que es impensable en materia de vicios, y porque sus consecuencias y etapas, difieren necesariamente de las que cabe señalarse en la garantía por los vicios.

El Cód. Civ. y Com., por el contrario, reincide en el defecto técnico de referirse a las consecuencias de una figura, antes de haber caracterizado su supuesto de hecho. Bien se ha dicho que empieza por donde debe concluir.

Preceptos que atañen a la responsabilidad por incumplimiento. Debe realizarse un deslinde entre preceptos que atañen a la responsabilidad por incumplimiento contractual, de los que corresponde reputar como propios de la garantía. Entre los primeros, el art. 1039 establece: *El acreedor de la obligación de saneamiento tiene derecho a optar entre: a) reclamar el saneamiento del título o la subsanación de los vicios; b) reclamar un bien equivalente, si es fungible; c) declarar la resolución del contrato, excepto en los casos previstos por los art. 1050 y 1057.*

Este precepto sigue los lineamientos del art. 730 del Cód. Civ. y Com. que a su vez se inspira en el art. 505 del Código de Vélez, y le confiere al acreedor la facultad de exigir el cumplimiento de la obligación, y, en definitiva, de ser indemnizado de las consecuencias del incumplimiento. A su vez, cuando las obligaciones derivan de un contrato y una de las partes no cumple, uno de los remedios que tiene el contratante fiel a su promesa es el de optar por la resolución por incumplimiento. El art. 1049 del Cód. Civ. y Com. pareciera seguir transitando por la senda de la

responsabilidad por incumplimiento, cuando prescribe: *El acreedor de la responsabilidad dispone del derecho a declarar la resolución: a) si los defectos en el título afectan el valor del bien a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no lo habría adquirido, o su contraprestación habría sido significativamente menor; b) si una sentencia o un laudo produce la evicción.*

Si la evicción constituyera un simple supuesto de incumplimiento de una obligación derivada de un determinado contrato, carecería de sentido todo régimen general que la ley le asigna, representando, tan sólo una contradictoria complicación inútil. Correspondería en tal caso, lisa y llanamente, haber optado por el modelo establecido por el BGB, bastando algunas normas precisas en los contratos comprometidos, para zanjar razonablemente la cuestión.

Criterio de la delimitación. La turbación del derecho. Para delimitar el ámbito en que puede operar la responsabilidad por incumplimiento y el que es propio de la garantía por evicción, hay que partir del hecho que esta última solo funciona, cuando existe una turbación del derecho adquirido, esto es, una reclamación de un tercero, fundada en un derecho, susceptible de producir la pérdida total o parcial del derecho adquirido.

Como se ha indicado, la garantía versa sobre la transmisión de un derecho con un vicio que afecta su existencia o extensión. El vicio radica en el riesgo de estar expuesto a pretensiones de terceros. Empero, para que la garantía se ponga en movimiento, se exige que ese riesgo se haya concretado en la efectiva turbación del derecho por parte de un tercero. El simple peligro de la evicción, por más fundado que fuere, no es suficiente para que la garantía opere y se torne exigibles las obligaciones que comprende. Ergo, para acceder al ámbito propio de la garantía por evicción, es menester que exista la turbación del derecho por obra de un tercero. Dado tal reclamo, la obligación del garante es defender al adquirente. En este inicio, el adquirente tiene derecho a exigir que el garante le preste tal asistencia. La situación que se ha creado, no brinda margen para que pueda pensarse que al adquirente le sea dable ejercer el derecho de exigir el

cumplimiento del contrato o el saneamiento del título. La suerte está echada. Sólo cabe oponerse fundadamente a la reclamación del tercero. El desenlace depende del éxito que tenga dicha reclamación. Si procede, se produce la privación del derecho del adquirente que puede ser total o parcial. Cuando la privación del derecho es total, esa pérdida que representa la evicción producida tiene un protagonismo central, dentro del sistema al que se ha plegado, en principio, el Cód. Civ. y Com., que relega un segundo plano la resolución del contrato, como una cuestión que se ha tornado irrelevante.

El peligro fundado de la evicción. Ahora bien cuando existe un peligro fundado de evicción, esto es, cuando el adquirente advierte que el derecho que se le ha transmitido no está libre de pretensiones de terceros, sino que, por el contrario, está expuesto a sufrir reclamaciones que comprometen su existencia o extensión, si bien no opera la garantía por evicción, se le ha reconocido al adquirente otros remedios para prevenir ese riesgo o conjurar definitivamente su existencia. Entre los ejemplos más significativos que, como es de rigor, se vinculan con el contrato de compraventa, en el Código de Vélez el comprador, cuando tenía motivos fundados de ser molestado por reivindicación de la cosa o por cualquier acción real, podía suspender el pago del precio, a menos que el vendedor le afianzase su restitución (art. 1425). En los casos en que hubiese cumplido con su obligación de pagar el precio, el Código de Vélez le reconocía al adquirente el derecho de pedir la nulidad de la venta de cosa ajena (art. 1329). El supuesto del art. 1425 el Código de Vélez, puede encontrar igual solución en el art. 1032 del Cód. Civ. y Com. Cabe pensar que en la otra hipótesis en que el adquirente, en especial el comprador para seguir con el ejemplo, a quien se le ha transmitido el derecho de dominio, llega al conocimiento que ese derecho tiene un vicio, porque existe otro título más perfecto, lo que lo deje expuesto a soportar la evicción, mientras el verdadero propietario no ejerce una acción de reivindicación, debe contar con un derecho que le permita superar esa situación de incertidumbre. En este caso, el enajenante, en estrictez de concepto, le ha vendido una cosa ajena como propia. Puede estimarse que hay un incumplimiento. Corresponde, por lo tanto, aplicar el art. 1039. El

adquirente puede reclamar el saneamiento del título, lo que significa exigir el cumplimiento (inc. a) del art. 1039). Cuando ello no resulta factible, puede optar por la resolución del contrato (inc. c) del art. 1039).

El Cód. Civ. y Com. ha entremezclado estas diversas situaciones, que deben ser deslindadas en aras de la coherencia y de elementales requerimientos sistemáticos.

Factor de atribución. Producida la evicción, si acarrea la privación total del derecho adquirido, las consecuencias a que ésta puede dar lugar, consisten en la obligación de restituir el precio y de indemnizar los daños y perjuicios que sufra el adquirente. La obligación de reparar el daño presupone que el adquirente no conoció ni pudo conocer el peligro de la evicción. Así lo disponía el Código de Vélez en el art. 2106, acogiendo una difundida solución del derecho comparado. También mantiene dicho temperamento el inc. a) del art. 1040 del Cód. Civ. y Com. Quedan excluidos los supuestos en que las partes, en ejercicio de su autonomía, hayan estipulado lo contrario.

El factor de atribución de la responsabilidad en el Código de Vélez era objetivo. El Cód. Civ. y Com. permite que el enajenante se libere de esta obligación de resarcir el daño, si no conoció ni pudo conocer el peligro de la evicción (art. 1040 inc. b)). El carácter de excepción que tiene este precepto, demuestra que pesa sobre el enajenante la carga de la prueba a los fines de acreditar la falta de conocimiento y la imposibilidad de conocer el peligro de la evicción, que permiten excusarlo de la responsabilidad. De este modo, la coloración subjetiva que este precepto parece imprimir a la responsabilidad, queda con un matiz notablemente atenuado, con esta inversión probatoria.

Empero, esta exención de la responsabilidad por daños prevista por los incs. a) y b) del art. 1040, no puede ser invocada por el enajenante que actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación, a menos que el adquirente se desempeñe profesionalmente en esa actividad. Así lo prescribe el último párr. del art. 1040 del Cód. Civ. y Com. Esta exención es una proyección de tutelas que resultan

habituales en el campo del derecho de defensa del consumidor. El influjo de este derecho se ha manifestado de modo más intenso en materia de responsabilidad por vicios, no obstante, se ha considerado apropiado extenderlo a la garantía por evicción.

Cabe observar al respecto que la garantía de evicción sigue siendo un efecto natural de los contratos onerosos, lo que significa que se respeta la autonomía de las partes y se les permite convenir tales efectos de modo diferente al que ha sido reglado legalmente. Desde este punto de vista, debe encontrarse la justificación para permitirle valerse de la garantía a quien tuvo conocimiento del riesgo de evicción y no obstante decidió asumirlo y contratar, en estos supuestos en que el enajenante actúa profesionalmente en la actividad. Siempre razonando fuera del ámbito del derecho de consumo, son múltiples las hipótesis que pueden presentarse en que no cabe pensar en una situación de desequilibrio, entre el que transmite un derecho en el desempeño de una actividad que es propia y la contraparte adquirente, que puede ser una poderosa empresa, dotada de las mayores posibilidades de prevenir tales vicios del derecho. La tutela que brinda el precepto analizado a esta última, estaría desprovista de todo fundamento y contradiría el principio básico de la buena fe.

Contenido de la obligación. El Código de Vélez, como se ha indicado, tenía previsiones referidas al contenido de esta obligación de reparar el daño, particularmente respecto del contrato de compraventa. La omisión del Cód. Civ. y Com. en lo que concierne al contrato citado, no es óbice para pensar que corresponde asignarle un contenido semejante. A esta conclusión es dable llegar por aplicación del régimen de la responsabilidad establecido por los arts. 1737 y ss.

Así el comprador vencido, por ejemplo, tendrá el derecho de reclamar la restitución de los gastos que desembolsó para celebrar el contrato; el valor de los frutos que debió restituir al evincente; los gastos hechos en mejoras necesarias que aumentaron el valor de la cosa y de las mejoras útiles, cuando no le fueren restituidos por el evincente; y, finalmente, la diferencia entre el

precio de la cosa y el mayor valor que tenía en el momento de la evicción.

Los gastos del juicio. El artículo 1047 del Código Civil y Comercial. Otro rubro que integra, en general, la indemnización, es de los gastos del juicio. El Código de Vélez establecía al respecto, en el art. 2117, que cuando el adquirente venciere en el juicio promovido por el reclamo del tercero, no tenía ningún derecho contra el enajenante ni aún para cobrar los gastos que hubiere hecho. El Cód. Civ. y Com. ha innovado al respecto, y en el art. 1047, sienta la regla, que el garante debe pagarle al adquirente los gastos que éste ha debido afrontar para la defensa sus derechos. En este precepto defectuosamente redactado, agrega que el adquirente no puede cobrar tales gastos *ni efectuar ningún reclamo*, en los dos supuestos siguientes a) si no citó al garante al proceso; y b) si citó la garante y se allanó a la demanda.

Aclaraciones. Ante todo, cabe entender que el precepto presupone que se ha producido la evicción y, la consecuente privación del adquirente, pues, en caso contrario, si la demanda o reclamación del tercero no han tenido éxito, ninguna responsabilidad puede atribuírsele al garante. En consecuencia, corresponde pensar razonablemente que sigue vigente la solución del art. 2117 del Código de Vélez.

En segundo lugar, la referencia a que en los supuestos de excepción el adquirente no sólo no puede cobrar los gastos de defensa, *ni efectuar ningún otro reclamo*, debe contraerse a lo que el precepto trata, según está intitulado, esto es los *gastos de defensa*. Es decir, el agregado hecho, que no cabe ningún otro reclamo, sólo puede tener el significado de una huera redundancia, una mera reiteración de que no puede exigirse el pago de los gastos del juicio. En caso contrario, este artículo estaría en franca contradicción con lo dispuesto por la parte final del precepto siguiente, el art. 1048, según la cual, como se ha indicado, aun cuando no se hubiese citado de evicción al garante, o aun cuando del adquirente se hubiese allanado sin la conformidad del garante, subsiste la garantía de evicción, si el adquirente prueba no existía oposición justa que hacer al derecho del vencedor.

El art. 1039 del Código Civil y Comercial. En el tratamiento indiscriminado que el Cód. Civ. y Com. ha ensayado para referirse a las consecuencias de lo que comprende bajo la denominación de obligación de saneamiento, el art. 1039, según se ha señalado, debe aplicarse a las hipótesis en los cuales se transmite un derecho con vicios, porque no está libre de derechos de terceros, pero en la etapa en que sólo existe un peligro de evicción, sin que exista la turbación del derecho del tercero. En el inc. b) de dicho art. 1039, se autoriza al adquirente a reclamar un bien equivalente, si es fungible. La norma, como se analizará oportunamente, concierne primordialmente a los vicios redhibitorios.

La restitución del precio. A más de generar la obligación de reparar los daños causados, cuando se dan los requisitos que han sido señalados, la privación del derecho también es fuente de la obligación de restituir el precio. Esta última tiene como fundamento que la prestación que ha realizado el vencido, fue ejecutada como contrapartida de la transmisión del derecho del que ha sido privado. En consecuencia, acaecida la privación, el garante carece de título legítimo para retener la prestación recibida, porque ha desaparecido la causa en que encontró su razón de ser. El precio, pues, debe serle restituido al adquirente vencido, con independencia de que haya conocido o podido conocer el peligro de la evicción.

La privación parcial. El inciso a) del artículo 1049 del Código Civil y Comercial de la Nación. La privación del derecho puede ser total o parcial. El Código de Vélez se refería a la evicción parcial en los arts. 2093 al enunciar algunos de sus supuestos y en el art. 2125 al tratar los efectos de dicha evicción en el contrato de compraventa. Prescribía el art. 2125 que en casos de evicción parcial, el comprador tiene la elección de demandar una indemnización proporcionada a la pérdida sufrida, o exigir la rescisión del contrato, cuando la parte que se le ha quitado o la carga o servidumbre que resultare, fuere de tal importancia respecto al todo, que sin ella no habría comprado la cosa. Cabe considerar que esta solución ha sido mantenida por el Cód. Civ. y Com. en el art. 1049, cuyo texto debe ser relacionado con esta hipótesis de evicción parcial, para que tenga un sentido coherente con el sis-

tema que el Código estructura. Según el inc. a) del precepto, el evicto sólo podrá optar por la resolución cuando los defectos del título afectan el valor del bien a tal extremo que, de haberlos conocido el adquirente no lo habría adquirido o su contraprestación habría sido significativamente menor. Corresponde entender por defectos del título, la importancia de la privación parcial que sufre. Asume una gravedad tal, que de haberla conocido, cabe juzgar que no habría celebrado el contrato. En tal caso, como establecía el Código de Vélez, puede optar por exigir una indemnización proporcional a la pérdida sufrida o bien optar por la resolución del contrato. La ley sustituye el vocablo rescisión que empleaba el Código de Vélez por el término resolución que resulta más apropiado. Va de suyo que cuando la pérdida no sea de la gravedad referida, el evicto sólo podrá pedir una indemnización proporcionada a la pérdida que padece.

El inciso b) del artículo 1049. El inc. b) del art. 1049 del Cód. Civ. y Com., establece que la previsión referida tiene lugar si una sentencia o laudo produce la evicción. Se trata de una reminiscencia del art. 2093 del Código de Vélez que preceptuaba que la evicción era parcial, cuando el adquirente era privado por una sentencia de una parte del derecho adquirido. Pese a esta limitación, no existe impedimento para que la solución se extienda a los casos en que puede operar la garantía, sin que exista una sentencia. En particular, mediante el reconocimiento de una reclamación extrajudicial del tercero, hipótesis a la que se ha hecho referencia.

La subasta. También el Cód. Civ. y Com., en el inc. c) del art. 1040, establece que el evicto no tiene derecho a exigir la reparación del daño, si la transmisión resultó de una subasta judicial o administrativa. El Código de Vélez limitaba esta excepción en el art. 2122, a las ventas forzadas hechas por la autoridad de la justicia, estableciendo que en tal caso sólo existía la obligación de restituir el precio que produjo la venta. El Cód. Civ. y Com. comprende, dentro de la excepción, tanto las subastas judiciales como las administrativas. Aunque el precepto no lo aclara, lo excluido es tan sólo la indemnización del daño. Empero, ello no obsta, por las razones dadas, a que exista la obligación de restituir el precio. Tal obligación pesa sobre quienes tiene el papel de vendedor en tal subasta. En las ejecuciones

judiciales, por vendedor debe entenderse el deudor cuyos bienes se ejecutan. Sólo estará obligado a restituir el producido de la subasta que efectivamente puede haber percibido. Se ha planteado la duda respecto de los acreedores ejecutantes. Para una opinión, no revisten el carácter de vendedor. Para otra opinión que nos parece aceptable, están obligados a restituir lo que percibieron en la ejecución que promovieron sin derecho.

El alcance de la cláusula de renuncia o de exclusión de la garantía. Conforme surge del art. 1036, la evicción es un elemento natural de los contratos onerosos, por lo que si bien se da de pleno derecho, las partes guardan un poder dispositivo sobre ella, pudiendo aumentarla, suprimirla o restringirla. Es infrecuente que las partes convengan el aumento de la garantía por evicción. En cambio son usuales las cláusulas que la disminuyen o suprimen. Prescribe a este respecto el art. 1037 del Cód. Civ. y Com. que las cláusulas de supresión y disminución de la responsabilidad, son de interpretación restrictiva. De este modo, es dable entender que la renuncia o la exclusión en general de la garantía de evicción, se circunscribe a la obligación de exigir la reparación del daño, pero no obsta a que el vencido pueda reclamar la repetición del precio pagado. Así lo establecía, de modo más explícito y recomendable, el art. 2100 del Código de Vélez. El fundamento de tal solución radica, como ya señalado, en que la contraprestación del vencido, representa un pago hecho en virtud de una causa que ha dejado de existir (inc. a)) del art. 1796 del Cód. Civ. y Com.). Concorre, por ende, esta causal de repetición que impide el enriquecimiento sin causa o carente de título que lo justifique, de parte del garante.

Cabe agregar que no existe obstáculo para que las partes, en ejercicio de su autonomía, pacten lo contrario. Sin embargo se requiere una cláusula expresa en la que el adquirente renuncie al derecho de repetir el pago o en la que se excluya el deber de repetición del enajenante. También equivale a dicha renuncia o exclusión, la cláusula por la cual se le asigna a la transmisión un carácter aleatorio, pactándose que se lleva a cabo a riesgo del adquirente. El Código de Vélez en el art. 2101, enunciaba estas excepciones. El Cód. Civ. y Com. ha omitido hacerlo. Solamente en el inc. c) del art. 1040, de manera desubi-

cada, menciona como una causa que excluye el deber de reparar el daño, el supuesto en que la transmisión fue hecha a riesgo del adquirente. Corresponde agregar que como con un texto más apropiado lo establecía el Código de Vélez, en el inc. 2º del art. 2101, no sólo esta cláusula significa una excepción a la obligación de reparar el daño, sino que, asimismo, importa una exclusión del derecho del adquirente a repetir el precio.

III. Vicios ocultos

III.1. Caracterización

Noción. El Cód. Civ. y Com., legisla sobre la responsabilidad por vicios, considerándola como una de los efectos naturales de los contratos onerosos y manteniendo el criterio del Código de Vélez de asignarle un alcance general.

En el inc. b) del art. 1051, primer precepto del párrafo consagrado específicamente al tratamiento de la responsabilidad por vicios ocultos, el Cód. Civ. y Com. enuncia una noción de lo que cabe entender por vicios redhibitorios. Se consideran tales *los defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido, o su contraprestación hubiese sido significativamente menor.*

Esta noción de vicios redhibitorios tiene reminiscencias de la contenida en el art. 2164 del Código de Vélez. Empero, el inc. b) del art. 1051 del Cód. Civ. y Com. que la incluye, tiene por título: “Contenido de la responsabilidad por vicios ocultos” y está precedido por el inc. a) que, con respecto a tal contenido, expresa que la responsabilidad legislada se extiende a “los defectos no comprendidos en las exclusiones del art. 1053”. En verdad como se desprende del inc. b) del art. 1051 del Cód. Civ. y Com., más que del contenido de la responsabilidad por vicios, el precepto se encarga de definir los rasgos propios del supuesto de hecho que la origina. Toda definición se traduce en una proposición que expone sintéticamente los caracteres genéricos y diferenciales de lo que se quiere definir, para intentar dar la idea de lo

que es. Por lo tanto, resulta difícil de entender el inc. a) del art. 1051 del Cód. Civ. y Com., que en la tarea de caracterización del supuesto, expresa que deben considerarse incluidos en los vicios ocultos de cuya responsabilidad se trata, “los defectos no comprendidos en el art. 1053”. Intentar caracterizar un supuesto de manera negativa, por lo que no es, no deja de ser una rebuscada sofistiquéz.

El artículo 1053 del Código Civil y Comercial: el vicio debe ser oculto. No obstante, si se lee el mencionado art. 1053 del Cód. Civ. y Com., se advierte que en el inc. a) establece que la responsabilidad por los vicios ocultos no comprende los defectos que el adquirente conoció o debió haber conocido mediante un examen adecuado a las circunstancias del caso, en el momento de la adquisición. Tal exclusión, desde un punto de vista positivo, permite colegir que el vicio debe ser oculto.

Debe existir al tiempo de la adquisición. En el inc. b) del art. 1053 del Cód. Civ. y Com., se prescribe que la responsabilidad por vicios ocultos no comprende los defectos del bien que no existían al tiempo de la adquisición. Por el mismo elemental procedimiento lógico expuesto, la exclusión permite inferir otra característica que es propia de los vicios comprendidos: tales defectos, por vía de regla, deben existir al tiempo de la adquisición.

Los vicios y la diferencia de calidad. Aliud pro alio. Los vicios son defectos que afectan a la cosa, ya sea en su estructura o en su funcionamiento, como expresa el inc. b) del art. 1051. Existe una identidad entre el bien que debió procurarse por el contrato y el efectivamente entregado. Empero, tales defectos repercuten en un aminoramiento o supresión del uso normal a que ese bien debe ser destinado, según su destino o el contrato. En los casos de diferencia de calidad del bien entregado, que entraña la entrega de un bien por otro, lo que se denomina *aliud pro alio*, se trata de supuestos que no están incluidos en la esfera propia de la responsabilidad por vicio ocultos, sino que corresponde considerarlos hipótesis de responsabilidad por incumplimiento. Ejemplos de ello se encuentran en la compraventa: la entrega de cosas no adecuadas al contrato (arts. 1156 y 1157 del Cód.

Civ. y Com.), o la entrega de una cosa que no es igual calidad que la muestra (art. 1153 del Cód. Civ. y Com. Otros ejemplos son los siguientes: productos que se venden como de pura lana y son de lana mezclada con fibra sintética; los productos agrícolas entregados por el productor al exportador que no tienen la calidad requerida por el mercado extranjero; el automóvil entregado que es de un año de fabricación diferente al convenido, etc.

III.2. Requisitos

Carácter oculto de los vicios. El primer requisito de responsabilidad por vicios redhibitorios, es que los defectos deben ser ocultos. Como se ha anticipado, el inc. a) del art. 1053 prescribe que son ocultos cuando el adquirente no los conoció ni debió haberlos conocido con un examen adecuado a las circunstancias del caso en el momento de la adquisición. Se ha discutido el criterio de apreciación que debe emplearse para determinar si el adquirente pudo o no tener conocimiento del vicio. Como bien se ha señalado, cada partícipe del tráfico debe actuar con diligencia y, por lo tanto, no merece amparo el adquirente negligente o descuidado. Por tanto no puede considerarse oculto un defecto que el adquirente pudo conocer obrando con diligencia en el momento de la recepción de un bien. Pero esa diligencia debe ser exigida conforme las circunstancias y las aptitudes personales del adquirente. Se trata de una cuestión de hecho que abre un amplio espacio para la apreciación judicial.

El inc. a) del art. 1053 del Cód. Civ. y Com., agrega que cuando los defectos revisten características especiales de complejidad y la posibilidad de conocerlos requiere cierta preparación científica o técnica, para la determinación de tal posibilidad deben aplicarse los usos del lugar de entrega. La consideración de los usos, pues, es otro elemento que puede ser de utilidad, para valorar el comportamiento del adquirente.

Finalmente, cabe señalar que la prueba del conocimiento o de la posibilidad de conocer del adquirente incumbe al enajenante.

La gravedad del defecto. El segundo requisito de la responsabilidad por vicios redhibitorios, es

que los defectos deben ser graves. Deben tornar el bien impropio para su destino. Para determinar cuál es el destino del bien, hay que atender, en primer término a las previsiones contractuales. Por ejemplo, se vende un determinado acoplado para transportar ladrillos, empero no resiste el peso de tal carga. En segundo término, hay que parar mientes en la naturaleza del bien: se vende un animal enfermo, una partida de frutas en estado de descomposición, aparatos eléctricos o mecánicos que no funcionan. Otro criterio para apreciar la gravedad del vicio, que complementa el primero, es de índole subjetiva: deben considerarse graves los vicios cuando quepa reputar que de haberlos conocido el adquirente no los hubiera adquirido o su contraprestación hubiese sido significativamente menor. En relación con este último, el Cód. Civ. y Com. ha reforzado la exigencia primitiva del Código de Vélez. Mientras el art. 2164 de este Código prescribía con relación a la gravedad del vicio, que ésta existía cuando de haberlo conocido el adquirente hubiere pagado menos por el bien, el Cód. Civ. y Com. prescribe que tal gravedad existe cuando la contraprestación del adquirente hubiese sido significativamente menor. La cuestión se vincula con los remedios a que da lugar la responsabilidad sobre vicios ocultos, tema sobre el que se ha de volver.

La existencia en el momento de la adquisición. El tercer requisito de la responsabilidad por los vicios redhibitorios, es que ellos deben existir en el momento de la adquisición (art. 1053 inc. b) del Cód. Civ. y Com.). La regla es que la prueba de esta exigencia es a cargo del adquirente. Sin embargo, se exceptúa en los supuestos en que al transmitente actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la transmisión. En tal caso, la carga de la prueba pesa sobre el transferente.

Momento en que opera la garantía. Diferencia con la evicción. El art. 1033 del Cód. Civ. y Com. citado, fija este ámbito tanto para la evicción como para la responsabilidad por vicios ocultos. Sin embargo la diversidad de estos supuestos determina que sea distinto el momento en que opera la garantía. Como la evicción tiende a garantizar al adquirente vicios que son propios del derecho que se transmite, en cuanto afectan su existencia o extensión, presupone que se ha

producido tal transferencia. La responsabilidad por vicios concierne a defectos del bien objeto del derecho que se transmite. Por tanto resulta lógico pensar que dicha garantía opera cuando se hace entrega al destinatario del bien sobre el cual recae la responsabilidad, aun cuando esté pendiente la obligación de concretar la transferencia del derecho respectivo. Así por ejemplo, opera la garantía cuando en un boleto de compraventa de un inmueble, se entrega anticipadamente la posesión, aun cuando la transmisión del dominio se produzca cuando se cumpla con la forma exigida por la ley para el contrato que sirve de título suficiente para ese traspaso. En un contrato de compraventa de un automóvil, cuya posesión se entrega antes de la inscripción registral con la cual se produce la transmisión del derecho de dominio, la responsabilidad por vicios opera a partir de la mencionada entrega. Esta conclusión, que pudo prestarse a controversia durante la vigencia del Código de Vélez, resulta inobjetable en el Cód. Civ. y Com. En efecto, cuando el Código fija los plazos de caducidad por la garantía de los vicios ocultos (art. 1055), prescribe que tales términos se computan a partir del momento en que el adquirente recibió el bien o la cosa.

III.3. Efectos

Naturaleza de la responsabilidad. Se ha discutido si las consecuencias de los vicios redhibitorios constituyen un capítulo de la responsabilidad por incumplimiento o bien configuran una institución autónoma. En la reglamentación del Cód. Civ. y Com. de la responsabilidad por vicios no cabe pronunciarse por ninguna de estos dos términos de la alternativa, como una opción excluyente. Si bien se ha mantenido el criterio del Código de Vélez de asignarle un tratamiento general a la responsabilidad por vicios ocultos, que está vinculada con su consideración como régimen autónomo, en su tratamiento se le atribuyen al supuesto consecuencias que son propias de la mencionada responsabilidad por incumplimiento, como la posibilidad de corrección del cumplimiento defectuoso que, según se reitera, es, el fondo, una hipótesis de ejecución específica. Asimismo, se ha eliminado la referencia a los remedios tradicionales, como es la acción redhibitoria, en vez de la cual se habla de resolución y se ha omitido la consideración expresa de la acción *quantum minoris*.

Subsanación de los vicios. De este modo, frente a la existencia de vicios ocultos se reconoce como primer derecho al adquirente, el de reclamar la subsanación de los vicios (art. 1039 inc. a) del Cód. Civ. y Com.). Si se correlaciona este precepto que trata en general la obligación de saneamiento con la norma especial de la responsabilidad por vicios, el 1057 del Cód. Civ. y Com., el supuesto entraña que el defecto es subsanable. En tal caso, el transferente tiene el derecho a subsanar el vicio, eliminarlo, y corregir el cumplimiento defectuoso, evitando de este modo la posibilidad de resolución del contrato (art. 1057 del Cód. Civ. y Com.). Tal subsanación no lo exime de la obligación de reparar el daño.

Reemplazo del bien. Cuando se trata de bienes fungibles, otra vía que se abre para la ejecución específica del compromiso del obligado, es que el acreedor de la obligación de saneamiento pueda reclamarle la entrega de un bien equivalente en sustitución del que tiene el defecto.

Limitación. Sin embargo, cuadra indicar que el responsable puede oponerse a estos modos de corrección del cumplimiento defectuoso cuando, habida cuenta las circunstancias, exijan gastos desproporcionados. La figura que veda el ejercicio abusivo de los derechos (art. 10 del Cód. Civ. y Com.), sirve de justificación a estos límites.

La resolución. La noción restringida de vicio redhibitorio. Otro remedio que la ley concede al adquirente cuando se configura la responsabilidad por vicios ocultos, es el derecho a declarar la resolución del contrato. El inc. a) art. 1056 del Cód. Civ. y Com., prescribe que tal resolución es procedente cuando se trata de un vicio redhibitorio. Se infiere de este precepto que el Cód. Civ. y Com., dentro del ámbito de la responsabilidad por vicios ocultos, utiliza la expresión vicios redhibitorios con una significación restringida que engloba los vicios de particular gravedad. Son esos vicios que, a la par de tornar al bien impropio para su destino, como expresa el inc. b) del art. 1051, disminuyen la utilidad a tal extremo que de haberlos conocido el adquirente no lo habría adquirido o su contraprestación hubiese sido significativamente menor. El adverbio *significativamente* que utiliza la fórmula legal, traduce ese sentido. De allí que el que el adjetivo *redhibitorio* que califica al vicio, tenga el alcan-

ce que tradicionalmente se le ha asignado, en cuanto su primera consecuencia es la de conceder al adquirente el derecho al ejercicio de la acción redhibitoria. Esa acción era una acción de resolución del contrato.

La acción quanti minoris en el Código de Vélez. Conjuntamente con dicha acción, cuando el contrato era de compraventa, el Código de Vélez, también recogiendo una solución tradicional, le reconocía al adquirente el derecho de optar por el ejercicio de la acción *quanti minoris*, esto es, aquella cuyo objeto es que se baje del precio el menor valor de la cosa en razón del vicio. Esta acción no persigue dejar sin efecto el contrato, sino restaurar el equilibrio entre las prestaciones, dado a que la cosa que tenía el vicio, por esa causa, vale menos que lo que se había pagado por ella. No obstante, según una opinión sólidamente fundada, se sostenía que dicha opción no correspondía cuando el defecto o vicio de la cosa no la hacía inútil para el destino que se tuvo en mira al adquirirla o no revestía una gravedad suficiente para justificar la extinción del contrato. En tal caso, el derecho del comprador quedaba limitado al ejercicio de la acción *quanti minoris*.

La omisión del Código Civil y Comercial. Desde este punto de vista, la solución del Cód. Civ. y Com. se ajusta a este criterio de autorizar que pueda dejarse sin efecto el contrato en los supuestos de vicios cuya gravedad justifique la resolución. Empero, ocurre que a diferencia de lo que es regla en el derecho comparado, cuando se reglamenta la garantía o responsabilidad por vicios ocultos, el Cód. Civ. y Com. ha omitido prever expresamente el derecho a exigir la reducción del precio o de la contraprestación hecha por el adquirente. Solamente se hace una referencia incidental a ella en el contrato de locación, al tratar el supuesto de pérdida de luminosidad del inmueble urbano por construcción en las fincas vecinas. Prescribe el art. 1204 a este respecto, que dicha pérdida no da derecho al vendedor para solicitar la reducción del precio ni a resolver el contrato excepto que medie dolo del locador.

Los vicios ocultos que no dan lugar a la resolución. Además de esta omisión, el Cód. Civ. y Com. no hace referencia expresa al régimen de los vicios ocultos que no dan lugar a la resolu-

ción. No queda otro camino que considerar que tales vicios configuran supuestos de incumplimiento que dan derecho a exigir su subsanación, siguiendo en parte los lineamientos del art. 1039, dentro de los límites a que se ha hecho mención. También dan lugar a la indemnización de los daños, entre los cuales puede configurar como rubro, el menor valor del bien a consecuencia del vicio.

El Código Civil y Comercial. Regla y excepciones. El Cód. Civ. y Com., en el art. 1040, dispone que el acreedor de la obligación de saneamiento, tiene derecho a la reparación del daño, sin hacer distinciones en lo relativo a las acciones que haga valer.

Establece como excepción a este derecho, los supuestos en que el adquirente no conoció ni pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de los vicios. La carga de la prueba de esta eximente pesa sobre el garante (art. 1040 inc. b). Debe repararse en que el desconocimiento de la existencia de los vicios, es sinónimo de uno de los requisitos de la responsabilidad por vicios. Éstos, como se desprende de la propia denominación de la responsabilidad, deben ser ocultos. Así lo expresa de manera inequívoca el inc. a) del art. 1050, en párrafo específico destinado por el Cód. Civ. y Com. al tratamiento de la responsabilidad por vicios ocultos, cuando excluye de dicha responsabilidad los defectos que resultaron cognoscibles para el adquirente.

El párrafo final del art. 1040 del Código Civil y Comercial. La aclaración precedente tiende a señalar que el párrafo final del art. 1040, que establece que la exención de la responsabilidad, no puede invocarse por el enajenante cuando actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación, necesita conciliarse con dicha exigencia propia de los vicios que deben ser ocultos y con la consiguiente exclusión de la garantía cuando no lo son. En esta reglamentación de la responsabilidad por vicios, efecto natural de los contratos onerosos, tiene un amplio margen de operatividad la autonomía de la partes y, consecuentemente, desempeña un papel importante la buena fe con que se comportan. Resulta inadmisibles pensar, por lo tanto, que cuando el enajenante

actúa profesionalmente en la actividad a que corresponde la enajenación, deba responder por los defectos aparentes. Ello ocurre en el ámbito propio del derecho de tutela al consumidor, donde las normas que consagran la garantía por vicios, son imperativas, pero no en éste, donde por vía de regla ocurre lo contrario. Podría argüirse que el art. 1038 inc. b) del Cód. Civ. y Com. tiene por no convenidas las cláusulas que estipulen la disminución o reducción de la responsabilidad por saneamiento, si el enajenante actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación, empero el supuesto en cuestión no concierne a dicha limitación. Por otro lado, entre las excepciones al derecho del adquirente de reclamar a la reparación del daño, además del supuesto en que el adquirente conoció o pudo conocer la existencia de los vicios, el inc. c) del art. 1040, agrega que la transmisión haya sido hecha a riesgo del adquirente. Por lo tanto, cuando las partes le han asignado un carácter aleatorio al contrato oneroso en virtud del cual se realiza la transmisión, el adquirente carece de derecho para reclamar la reparación del daño, sin que exista una excepción al respecto.

Es necesario conciliar lo dispuesto en último párrafo del art. 1040 y el inc. a) del art. 1038, que dispone que el vicio siempre debe ser oculto para cualquier contratante que haya que haya adquirido el bien a título oneroso, según las circunstancias. Dicha conciliación puede lograrse si se hace la siguiente distinción: el garante que actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación, no puede pretender que se excluya la responsabilidad por vicios, acreditando que, por sus particulares aptitudes, el adquirente tenía la posibilidad de conocer el vicio, salvo que dicho adquirente también se desempeñe profesionalmente en la actividad de que se trata. Empero, siempre será necesario que el vicio pueda considerarse oculto para cualquier contratante que, con un conocimiento común u ordinario, hubiere adquirido el bien de que se trate.

III.4. Caducidad. Prescripción

Duración de la responsabilidad. El ejercicio de las acciones de responsabilidad por vicios ocultos está sometido a un doble orden de plazos

de caducidad. El primero se relaciona con la duración de la responsabilidad. La responsabilidad caduca, si la cosa es inmueble, cuando transcurren tres años desde que el adquirente la recibió (art. 1055, inc. a) del art. 1055 del Cód. Civ. y Com.). Si la cosa es mueble, caduca la responsabilidad cuando transcurren tres meses desde que el adquirente la recibió o la puso en funcionamiento (art. 1055, inc. b) del Cód. Civ. y Com.).

Denuncia de los vicios. Vigente el plazo de garantía, el adquirente tiene la carga de denunciar expresamente la existencia de vicios ocultos al garante dentro de sesenta días de haberse manifestado. Si se manifiesta gradualmente, el plazo se cuenta desde que el adquirente pudo advertirlo (art. 1054 del Cód. Civ. y Com.). Se trata de otro plazo de caducidad, pues el incumplimiento de esta carga determina que se extinga la responsabilidad por defectos ocultos; vale decir, priva al adquirente del derecho a hacer valer tal responsabilidad, excepto que el enajenante haya conocido o debido conocer la existencia de los defectos, establece la parte final del art. 1054 del Cód. Civ. y Com.

Modificación convencional de los plazos de caducidad. Establece el art. 1055 del Cód. Civ. y Com. que estos plazos pueden ser aumentados convencionalmente. La caducidad es un plazo cuyo vencimiento ocasiona la extinción del derecho. Según se desprende del art. 2571 del Cód. Civ. y Com., las partes sólo pueden renunciar o alterar las disposiciones legales sobre caducidad, cuando se trata de derechos disponibles. Por ser la garantía sobre los vicios ocultos un efecto natural de los contratos onerosos, se justifica que los contratantes puedan modificar el régimen establecido por la ley, en cuanto los derechos que se confieren al adquirente, en dicha reglamentación revisten el carácter de disponibles. Por lo tanto, las partes puedan estipular plazos de caducidad que aumenten los establecidos, como lo establece el art. 1055 citado. Sin embargo, cabe pensar, que, pese a lo circunscripto de dicha previsión, que sólo se refiere al aumento de los plazos, no existe obstáculo alguno para que a las partes les sea dable, de común acuerdo, fijar plazos menores. Si es posible renunciar a la garantía, es razonable considerar que puede ser sometida convencionalmente a

plazos de caducidad menores que los establecidos por la ley.

Prescripción. Aparte de estos plazos de caducidad a que está sometido el derecho, también el Cód. Civ. y Com., fija un plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones del adquirente. Lo anuncia el párrafo final del art. 1055, al establecer que la prescripción de la acción está sujeta a lo dispuesto en el Libro Sexto. Concretamente, el inc. a) del art. 2564 del Cód. Civ. y Com. dispone que prescribe al año “el reclamo por vicios redhibitorio”.

Cómputo del plazo de prescripción. De acuerdo con lo señalado, cuando no se ha vencido del plazo de caducidad al que está sometido la duración del derecho del adquirente y cuando éste ha cumplido con la carga de denunciar el defecto oculto al garante dentro del plazo de caducidad al que se ha hecho mención, consolidado su derecho, comienza a computarse el plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones que la ley le confiere al adquirente. Lo que prescribe al año, en estrictez de concepto, es la acción como lo expresa con mayor rigor técnico el citado art. 1055 del Cód. Civ. y Com.

III.5. Omisiones

Enunciación. El Cód. Civ. y Com., ha omitido consignar normas que completen esta reglamentación por vicios al legislar sobre ciertas figuras singulares de contratos, como hubiera sido conveniente. No lo ha hecho al legislar sobre el contrato de locación. En este contrato, la obligación de saneamiento por los vicios, debe distinguirse de la obligación de conservar la cosa en buen estado que pesa sobre el locador, en virtud de la cual responde por los deterioros que ella pueda experimentar que no sean ocasionados por la acción del locatario o sus dependientes. La distinción estriba en que los vicios redhibitorios son defectos que desde un punto de vista técnico, jurídico o económico, cabe reputar que no son susceptibles de reparación. Asimismo, la diferencia que presentan tales vicios redhibitorios en la locación, con el régimen ordinario de los vicios ocultos, es que en la locación no sólo se responde por los defectos originarios, esto es, los existentes en el momento de la entrega de la

cosa, sino también por los que sobrevienen en el curso de la locación. Asimismo, no ha consignado ninguna norma específica sobre la obligación de saneamiento en el contrato de obra, en que la obligación fundamental del contratista es una obligación de hacer, lo que plantea algunas particularidades que deberían haber sido tenidas en consideración.

III.6. Los vicios redhibitorios en la ley de defensa del consumidor

El art. 18 de la Ley de Defensa del Consumidor. El art. 18 de la ley de Defensa del Consumidor, prescribe: “La aplicación de las disposiciones precedentes, no obsta a la subsistencia de la garantía legal por vicios redhibitorios. En caso de vicio redhibitorio: a) A instancia del consumidor se aplicará de pleno derecho el art. 2176 del Cód. Civil; b) El art. 2170 del Cód. Civil no podrá ser opuesto al consumidor”.

La situación actual. Llama la atención que la ley 26.994 que derogó el Código Civil de Vélez y aprobó en su reemplazo el Cód. Civ. y Com., con un anexo en que modificó diferentes leyes, entre ellas, la 24.240, haya pasado por alto la necesaria modificación de este artículo, cuyo contenido se deriva de una remisión a preceptos que deroga.

Más allá de las serias dudas sobre la vigencia del art. 18, cuadra considerar que, habida cuenta a las modificaciones introducidas al régimen de la responsabilidad por vicios ocultos, el consumidor carece de interés para intentar con provecho, la canalización de su reclamo por la vía del sistema general de responsabilidad por vicios ocultos, prescindiendo de la tutela que le brinda la garantía legal.

La enajenación de inmuebles. Cuando la enajenación sea de inmuebles, el consumidor deberá prevalerse del régimen general de la responsabilidad por vicios. Empero, encontrará adecuada tutela en dicho sistema. No existe margen para que pueda convencionalmente pactarse la disminución de la responsabilidad del vendedor, en desmedro del consumidor, porque esa limitación de la responsabilidad, configuraría

una cláusula abusiva art. 37 inc. a) de la ley 24.240; inc. b) del art. 988 y art. 1117 del Cód. Civ. y Com.]. Los arts. 1038 inc. a) y 1040 inc. a), que parecen haber sido redactados teniendo en cuenta al consumidor, contribuyen a

que ese régimen general le brinde a éste una protección con un grado de total similitud, a la que procura la garantía legal en materia de la comercialización de cosas muebles no consumibles.

Algunas cuestiones en torno a los conjuntos inmobiliarios

Por Claudio M. Kiper

SUMARIO:

I. Introducción.– II. Marco legal. Derechos reales.– III. Aspectos controvertidos.– IV. Palabras finales.

I. Introducción

Desde hace muchos años una gran cantidad de personas optó por adquirir un derecho en los llamados clubes de campo o *country*. Las razones son variadas: esparcimiento, seguridad, disfrute de la naturaleza fuera del cemento de las grandes ciudades, mayor espacio y comodidades, aprovechamiento de instalaciones deportivas, sociabilidad, estatus, moda, etc. Algunas personas optaron para utilizar tales espacios los fines de semana, y otras por asentar definitivamente su vivienda. Además de los clubes de campo, hay variantes tales como barrios cerrados, barrios privados, clubes náuticos, etc. Todas ellas entran –como se verá más adelante– en la categoría de “conjuntos inmobiliarios”.

En cuanto al enfoque jurídico, hace tiempo que la doctrina debate sobre cómo encasillar a esta figura y otras semejantes. A falta de previsión legal, ya que el Código Civil de 1871 y la ley 13.512 nada preveían sobre el punto, la doctrina se dividió en dos sectores. Para la gran

mayoría, y así ocurrió en la práctica, se trataba de un derecho personal, lo cual no suscitaba grandes problemas ya que en ese ámbito rige la autonomía de la voluntad. Otra parte de la doctrina postuló la necesidad de adecuar la figura al campo de los derechos reales, lo cual no es sencillo ya que aquí rige el orden público. Dentro de este grupo, algunos veían posible la utilización de la ley de propiedad horizontal, o del condominio y las servidumbres, mientras que otros reclamaban el dictado de una regulación especial.

En concreto, hasta la sanción del Código Civil y Comercial, no había ley nacional para las modernas urbanizaciones, que ya son muy numerosas en todo el país. El actual Código termina con las discusiones ya que crea un nuevo derecho real, denominado “*conjuntos inmobiliarios*” [art. 1887, inc. d)] e instaura para estos emprendimientos el régimen del derecho real de propiedad horizontal, lo que se muestra muy conveniente, como lo había sugerido parte de la doctrina.

Algunas cuestiones en torno a los conjuntos inmobiliarios

Se objetaba recurrir al régimen de propiedad horizontal porque la ley 13.512 exigía que el terreno fuera común, obstáculo que elimina el actual Cód.Civ.yCom.. De acuerdo al texto del art. 2076 el terreno o lote que constituye la unidad funcional, esto es, donde seguramente se construirá una casa u otro espacio, no es común sino propio. De esta forma se termina la vieja discusión que, durante la vigencia de la ley 13.512 hizo que varios autores consideraran inaplicable la ley de propiedad horizontal ya que dicha ley exigía que el terreno fuese común. Aquí hay una excepción a lo previsto en el art. 2041, inc. a), para la propiedad horizontal en general, ya que no todo el terreno de los conjuntos inmobiliarios reviste el carácter de común.

Además, se permite la utilización de este sistema aun cuando los lotes de terreno no cuenten con construcciones concluidas (art. 2077), lo que facilita la comercialización.

Se trata de un derecho real sobre cosa propia (art. 1888), principal (art. 1889), sobre cosa registrable (art. 1890) y que se ejerce por la posesión (art. 1891). Si bien es un derecho real autónomo, es a la vez una especie o modalidad del derecho de propiedad horizontal (art. 2075). Quizás no era necesario independizarlo, pues hubiera sido suficiente con someterlo al régimen de propiedad horizontal.

Se puede adquirir por actos entre vivos, cumpliendo con los recaudos de título suficiente y tradición, por causa de muerte, y por prescripción adquisitiva (larga o breve). Otra alternativa es la partición en especie de un condominio. Dado que el objeto es un inmueble, la adquisición, transmisión, o extinción requiere de la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble para que el acto sea oponible a terceros interesados de buena fe.

II. Marco legal. Derechos reales

II.1. Orden público

“Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propie-

dad horizontal establecida en el tit. V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

“Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real” (art. 2075).

El Código pone fin a varias discusiones ya que: 1) impone que se regulen como derechos reales, incluso los preexistentes; 2) adopta en forma imperativa el régimen del derecho real de propiedad horizontal, con variantes; 3) se trata de legislación nacional, aplicable en todo el territorio.

Se trata de un derecho real sobre cosa propia, registrable, principal, y que se ejerce por la posesión.

Es un acierto la elección del sistema de propiedad horizontal, ya que con adecuaciones es el que mejor se adapta a este tipo de conjuntos. Las ventajas prácticas que reporta la aplicación del régimen de propiedad horizontal son **(1)**:

1. Concepto de “Unidad Funcional”: sobre la que se tiene un derecho exclusivo y perpetuo de uso, goce y disposición; al que se le suma un derecho de copropiedad de indivisión forzosa perpetua (porcentaje indiviso) sobre las partes de uso común,

2. Inescindibilidad entre lo privativo y lo común,

3. Copropiedad de indivisión forzosa *sine die* sobre las partes comunes. La nómina de partes o sectores comunes es, evidentemente, distinta a la de un edificio, ya que no se trata de muros, ascensores, etc., sino de piscina, canchas de polo, *club house*, etc.,

4. Asegura el destino de las áreas comunes, que no podrá ser alterado,

(1) LINARES de URRUTIGOITY, Martha - PUJOL de ZIZZIAS, Irene, “Barrios privados y otros conjuntos inmobiliarios en Mendoza. ¿Son útiles las soluciones de Buenos Aires en Mendoza?”, LL Gran Cuyo 2008-313.

5. Crea un consorcio, con capacidad suficiente para administrar el complejo y representación,
6. Reglamento de derechos y obligaciones de los consorcistas,
7. Oponibilidad del reglamento. Integra el título de los adquirentes,
8. La necesidad de asambleas y mayorías torna al sistema más democrático y participativo,
9. Crédito por expensas comunes, transmisible a sucesores, privilegiado y con carácter de título ejecutivo para su cobro.

II.2. Situación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes

El Proyecto de la Comisión redactora decía en el art. 2075: “Cuando se configuran derechos reales, los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el tít. VI de este Libro, con las modificaciones que establece el presente título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial. Pueden asimismo existir conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales y derechos personales”.

Como se puede apreciar, el sometimiento al régimen de la propiedad horizontal era optativo. El Poder Legislativo, al aprobar el Cód.Civ.yCom., cambió dicha norma e impuso como una única alternativa el régimen de los derechos reales, y especialmente el de propiedad horizontal.

Parece muy saludable, ya que los derechos reales ofrecen mayor seguridad y protección a los adquirentes. Tienen un derecho oponible *erga omnes*; están fuera de problemas tales como la quiebra o embargos de la sociedad titular o administradora; el derecho es perpetuo, transmisible, etc.

El problema se suscita con los conjuntos inmobiliarios preexistentes, que se hubieren constituido con moldes jurídicos diferentes. Será harto complejo y costoso, adaptar clubes de campo constituidos como parcelas de dominio exclusivo, complementado con servidumbres prediales sobre espacios pertenecientes a una persona jurídica, generalmente una sociedad anónima. Así fueron organizados muchos conjuntos inmobiliarios en la Provincia de Buenos Aires (art. 1º, dec. 9404/1986). Aquí también se han impuesto restricciones a la transmisión de acciones, como modo de encubrir el derecho de admisión, muchas veces ejercido de modo arbitrario (2).

Igual dificultad se presentará con aquellos integrados por parcelas de dominio privado, y calles

(2) Así, p. ej., se resolvió que corresponde responsabilizar en forma solidaria a los directores de la sociedad administradora de un club de campo, que participaron en la reunión de directorio en la cual se decidió que los cónyuges en segundas nupcias de los socios, no podrían ser admitidos como adherentes mientras el anterior cónyuge subsista como asociado, por los daños y perjuicios ocasionados a un socio y a su nueva esposa en virtud del reiterado rechazo de su pedido de admisión ya que, los demandados intervinieron en la ejecución de un acto de discriminación encuadrable en el art. 1º de la ley 23.592 (CNCCom., sala D, “G., E. y otro c. Altos Los Polvorines SA y otros”, 29/07/2009, DFyP 2009-259 con nota de Carlos GHERSI, ED 238-557). En otra oportunidad, no se trataba de un club de campo sino de uno con otro destino, pero se resolvió con un criterio semejante. Se configura una discriminación de acuerdo al art. 1º de la ley 23.592 ante la actitud asumida por el club hípico que no aceptó el ingreso de una persona no vidente, en el caso, participó con éxito en competencias internacionales con la condición de que no practicara el deporte dentro de las instalaciones, puesto que cualquier jinete que se orienta y desea consagrarse en la práctica sistemática de la equitación en sus diversas disciplinas, ha de buscar en los clubes hípicos un ámbito de docencia natural, de esfuerzo, de exigencias y también de contención individual y social, que no puede serle negado por esa condición (CNCiv., sala F, 02/10/2008, LA LEY, 2009-A-11, con nota de Pablo SLONIMSQUI). Ver KIPER, Claudio, “Autonomía de la voluntad y discriminación”, DFyP 2010-187. De todos modos, el Código deja de lado la forma societaria y se inclina por el derecho de propiedad horizontal, lo que no parece compatible con un derecho de admisión, en lo que concierne a la adquisición o transmisión de unidades funcionales (ABELLA, Adriana - MARIANI DE VIDAL, Marina, “Clubes de campo y barrios cerrados. El problema de la admisión”, LA LEY 2007-F-1363). Lo que hace el Código, en el art. 2085, es establecer un derecho de preferencia si se pretende transmitir la unidad a un tercero.

del dominio público. Aquí será menester que la Provincia de que se trate desafecte tales calles del dominio público, entre otros problemas a resolver (3).

En opinión de Saucedo el respeto al derecho de propiedad incorporado al patrimonio de los particulares y al status quo imperante determinan que ellos seguirán funcionando bajo el sistema que hayan escogido inicialmente, incluso aunque se trate de derechos reales diferentes al aquí impuesto, en la medida que estén reconocidos en el ordenamiento jurídico vigente a ese momento (4). Aunque este autor no lo dice, cabe inferir que considera inconstitucional la obligación de someter en forma compulsiva al régimen de propiedad horizontal a los emprendimientos ya constituidos bajo otra forma con anterioridad a la vigencia del Código.

II.3. Normas administrativas

Dispone el Código que *“Todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción”* (art. 2075).

Sin perjuicio de la aplicación de la ley nacional, cada provincia conserva el poder de policía que, en tanto se ejerza razonablemente, le permite reglamentar estos aspectos que deben satisfacer los conjuntos inmobiliarios para poder ser habilitados.

Así, por ejemplo, se resolvió que la Ordenanza 3716/2008 de la ciudad de Mendoza, en cuanto derogó similar norma que permitía la construcción de locales comerciales o vidrieras de exposición en terrenos baldíos donde funcionaban playas de estacionamiento públicas, no puede ser declarada inconstitucional, al estar fundada en la ponderación de hechos y situaciones fácticas, como son el ingreso masivo de vehículos y

su tránsito por las calles de la ciudad, que llevaron a la adopción de una solución cuya elección se encuentra entre las atribuciones del poder de policía establecido en los arts. 199 y 200 de la Const. provincial (5).

II.4. Localización y límites perimetrales

Siguiendo el criterio expuesto en el punto anterior, agrega el Código que *“La localización de los conjuntos inmobiliarios depende de lo que dispongan las normas provinciales y municipales aplicables.*

“Los límites perimetrales de los conjuntos inmobiliarios y el control de acceso pueden materializarse mediante cerramientos en la forma en que las reglamentaciones locales, provinciales o municipales establecen, en función de aspectos urbanísticos y de seguridad” (art. 2079).

En lo que hace a la ubicación, es claro que no es lo mismo autorizar en determinada zona residencial un club de campo que un parque industrial. El Estado local, por razones de higiene, urbanismo, estética, salud, protección del medio ambiente, seguridad, etc., se encuentra facultado para determinar en qué zonas pueden ser ubicados los distintos tipos de conjuntos inmobiliarios. Se trata de cuestiones atinentes al derecho público provincial y municipal.

Además, hay que tener en cuenta a la ley nacional 25.675, que establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente. El ordenamiento territorial ha sido señalado como una pieza clave para la integración de los objetivos ambientales de las políticas públicas que persiguen el desarrollo sustentable.

Si bien usualmente se ha entendido al urbanismo como un concepto vinculado a la ciudad, en la actualidad se lo relaciona con el ordenamiento del territorio en su totalidad, ampliándose el

(3) El Código no indica el plazo en que se debe cumplir con la adecuación, ni establece sanción por el incumplimiento. Tampoco determina el procedimiento que se deberá seguir a esos efectos.

(4) En RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela, “Código Civil y Comercial”, t. V, p. 617.

(5) SCJ, Mendoza, sala I, “España SA c. Municipalidad de la Ciudad de Mendoza s/ acción de inconstitucionalidad”, 27/10/2011, AR/JUR/75660/2011.

concepto en particular hacia cuestiones como la conservación y el uso de los recursos en áreas rurales y la protección de áreas y ecosistemas naturales (6). Con ello, desde esta especialidad hoy en día se regulan principalmente dos aspectos: por una parte los usos que se asigna al suelo de conformidad con las actividades que en él se pueden desarrollar, y por otra los tratamientos que en cada zona se permiten para cada uso asignado de acuerdo a las características físicas de cada área y su función en el modelo territorial (7).

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, el art. 64, inc. a), del dec.-ley 8912/1977, prevé que los clubes de campo sólo pueden emplazarse en un área no urbana, esto es, en las zonas rurales, o, en su defecto, en las complementarias [art. 7º, inc. b)]. A su turno, el dec. 27/1998 establece que los barrios cerrados podrán ser emplazados en cualquier área; pero la localización debe ser compatible con los usos predominantes [art. 3º, inc. a)] (8).

En cuanto al *cerramiento*, ello también queda sujeto al control del poder administrador local, como sucede respecto de cualquier propiedad privada. Este tema se vincula, a su vez, como señala la norma, con el control de acceso. Se trata de puntos sujetos a la reglamentación local que, como se advirtió, debe ser razonable.

Téngase en cuenta que en la provincia de Buenos Aires el *cerramiento*, en el caso de los Barrios Cerrados, es optativo (art. 1º del dec. 27/1998), y en el supuesto de los clubes de

campo depende del convenio que se suscriba con el municipio respectivo (art. 67, cap. V, del dec.-ley 8912/1977), por lo que tal circunstancia de hecho no puede ser tomada como elemento para su identificación (9).

II.5. El uso de las calles públicas

El art. 3º, inc. g) del dec. 27/1998 plantea como condicionante para la instalación de un barrio cerrado que debe garantizarse el uso de las calles públicas; de conformidad con lo previsto por los arts. 50 y 51 del dec.-ley 8912/1977 (10) –relativos a la subdivisión del suelo–, el art. 1º del dec.-ley 9533/1980 y el art. 27 del dec.-ley 6769/1958.

En lo que aquí interesa, el inc. g) del art. 3º advierte que en todo supuesto, deberán respetarse y no podrán ocuparse por edificaciones, las proyecciones de avenidas y otras vías principales (y los retiros de líneas de edificación vigentes).

De esa manera, Causse apunta que cuando se someta a aprobación municipal la instalación de un barrio cerrado –se haya materializado o no su *cerramiento*– el proyecto tendrá que prever que, dentro del perímetro que ocupe, deberán quedar libres de toda mejora las franjas necesarias que virtualmente puedan ser una prolongación de las redes de circulación, tanto existentes como previsibles. Más aún, aquella norma establece la obligación de construir veredas perimetrales de acuerdo a las disposiciones municipales vigentes.

(6) WALSH, Juan Rodrigo, “El ordenamiento territorial como presupuesto mínimo de protección ambiental”, LA LEY, 2005-D, 1085.

(7) PINTO, Mauricio, “La certificación de factibilidad de uso y los derechos adquiridos frente a la modificación del ordenamiento ambiental del territorio”, LL Gran Cuyo 2013-953.

(8) El art. 3º, inc. d) del dec. 27/1998 prevé que el emplazamiento de un barrio cerrado no podrá perjudicar a terceros respecto de la trama urbana existente. En igual sentido, se expide el inc. g), en tanto requiere que el emprendimiento se integre con la trama urbana que lo circunda –con carácter actual o futuro–, a la que no puede afectar. Entonces, al habilitar la red de circulación perimetral en el barrio cerrado se da cabal cumplimiento al parámetro analizado. A su vez, su localización no podrá interferir futuros ejes de crecimiento, pues en caso contrario, no sería viable el proyectado emplazamiento.

(9) Ver CAUSSE, Jorge - PÉREZ CLOUET, María José, “Descentralización de atribuciones provinciales a las Municipalidades para la convalidación de urbanizaciones privadas. Decreto 1727/2002”, LLBA 2002-1175.

(10) El art. 50 dispone: “Una vez aprobada la creación de un núcleo urbano, o la creación, ampliación o reestructuración de sus áreas, sub-áreas o zonas constitutivas, podrán efectuarse las operaciones de subdivisión necesarias, con el dimensionado que fija la presente ley”. Por su parte, el art. 51 establece: “Las normas municipales sobre subdivisión no podrán establecer dimensiones inferiores a las que con carácter general establece la presente ley, que será de aplicación cuando el respectivo Municipio carezca de normas específicas”.

II.6. Objeto del derecho real

El objeto del derecho real no es el conjunto inmobiliario, sino sus sectores o partes de uso privativo (unidad funcional) y común que se transfieran en propiedad al adquirente. La relación entre partes privativas y comunes es indisoluble.

III. Aspectos controvertidos

III.1. Metodología

El art. 1887 enumera a los derechos reales (*numerus clausus*). En el inc. c) se encuentra la propiedad horizontal y luego vienen los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido y el cementerio privado [incs. d), e) y f)]. Se los enumera como derechos reales distintos, independientes. Es curioso que los “conjuntos inmobiliarios” sean mencionados en plural **(11)**, a diferencia de los otros derechos reales. Quizás ello se explique porque los referidos conjuntos comprenden varios sub tipos (v.gr.: club de campo, barrio cerrado, centro de compras, etc.) de “emprendimientos urbanísticos” (ver art. 2073).

Ahora cuando se refiere a los conjuntos inmobiliarios (clubes de campo, barrios cerrados, etc.), dice que *“deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal... con las modificaciones que establece el presente título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial”* (art. 2075, segundo párr.).

La propiedad horizontal está regulada en el tít. V y los conjuntos inmobiliarios en el tít. VI. Pienso que si se trata de una propiedad horizontal especial, quizás hubiera sido preferible que estos conjuntos también se trataran en el tít. V, al ser una especie del género.

Pero lo más sorprendente es que el título VI, denominado “Conjuntos inmobiliarios”, se divide en 3 capítulos. En el primero se trata a los “conjuntos inmobiliarios”, en el segundo al “tiempo compartido”, y en el tercero a los “cementérios privados”. Pareciera que los tres derechos mencionados son especies de conjuntos inmobiliarios, pero ello no es así.

Como dije, en el cap. 1 se trata a los conjuntos inmobiliarios, y se los define en el art. 2073 **(12)**. Estos son los que podríamos llamar conjuntos inmobiliarios propiamente dichos, mientras que los otros dos son derechos reales autónomos.

La perplejidad es mayor si se advierte que conjuntos inmobiliarios, como la palabra lo indica, se refieren a cosas inmuebles, mientras que el tiempo compartido puede recaer sobre inmuebles y muebles (arts. 2088/9). Si se constituye el derecho real de tiempo compartido sobre un barco, es imposible visualizar aquí un “conjunto inmobiliario”.

Hay otras diferencias que exceden el objeto de este trabajo, pero debo señalar que los otros dos no deben constituirse necesariamente como derechos reales, sino que pueden ser o subsistir como derechos personales.

III.2. Conversión de los preexistentes

El Código dispone que *“Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real”* (art. 2075).

En una buena cantidad de conjuntos inmobiliarios, los titulares suelen tener un derecho real de dominio sobre un lote, que se combina con la posibilidad de usar y gozar de espacios recrea-

(11) Ver BRESSAN, Pablo - LINARES de URRUTIGOITY, Martha, “Una interpretación jurídica del concepto de conjuntos inmobiliarios”, Anuario Rev. del Notariado, 2016, p. 128.

(12) Dice el art. 2073: “Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales”. La enumeración no es taxativa como se desprende de la expresión “o cualquier otro emprendimiento urbanístico”. La referencia a “las normas administrativas locales” es innecesaria, por obvia.

tivos que pertenecen a una sociedad a la que están asociados, y el uso se garantiza con una servidumbre. Suele haber servidumbres recíprocas, algunas vinculadas al estilo de construcción que debe respetar el dueño del lote. Se trata de una mezcla de derechos reales y personales. Hay variantes que incluyen derechos en condominio, calles del dominio público, etc. Se han presentado problemas cuando se pretende ejecutar las expensas por la vía del juicio ejecutivo.

En líneas generales el sistema ha funcionado sin grandes inconvenientes. El Código obliga a estos emprendimientos a someterse al régimen de esta propiedad horizontal especial. Se trata de algo complejo. Basta con pensar que puede haber cientos de titulares, que no coincidan, que algunos estén ausentes, quebrados, embargados, muertos con varios herederos, etc. Esto también, si se concreta con esfuerzo y buena voluntad, sin duda tiene costos importantes.

El Código no fija un plazo para hacerlo ni sanciones por incumplimiento.

Para un sector de la doctrina esta imposición es inconstitucional, en tanto afecta el derecho de propiedad de quienes adquirieron derechos bajo determinadas circunstancias. Así, por ejemplo, afirman Abella y Mariani de Vidal que la mencionada exigencia de adecuación impresiona como de muy dudosa constitucionalidad lesiva de la garantía de la propiedad (art. 17, CN), e incluso contraria a lo dispuesto por el art. 7° del propio Código. Entienden que si el conjunto inmobiliario fue creado con arreglo a las normas en vigor,

tal creación constituye una situación jurídica consolidada (13).

Desde otro enfoque, puede argumentarse que la adecuación impuesta por el Código trae muchas ventajas. Los titulares gozarían de un derecho real sobre cosa propia, tanto sobre las partes que eran propias como sobre las recreativas y sociales, oponible *erga omnes* (14); mayor seguridad jurídica; la sociedad anónima puede quebrar y si se disuelve los bienes pasan a una entidad de bien público; mejora en el sistema de administración sin personajes perpetuos, su renovación no dependería de mayorías calificadas; las expensas no satisfechas podrán ser reclamadas a través del juicio ejecutivo; puede haber un Consejo de Propietarios que controle; los titulares podrán hacerse sentir en las asambleas; desaparece el nefasto derecho de admisión; entre otras.

La aplicación retroactiva de las normas no está vedada por el art. 7° del Código. Lo que no se permite es la afectación de derechos constitucionales, lo que no puede presumirse (15).

Lo cierto es que, a primera vista, no se advierte que el derecho de los particulares sea suprimido o desnaturalizado. Por el contrario, se lo pretende mejorar, hacerlo más fuerte, más seguro, y ello no afecta derechos adquiridos.

En algunos casos será menester la colaboración de las autoridades locales, como sucede, por ejemplo, con aquellas calles internas que pertenecen al dominio público. Deberán ser desafectadas y, en mi opinión, a título gratuito.

(13) ABELLA, Adriana - MARIANI de VIDAL, Marina, "Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes", LA LEY, 2015-B-869. Conf. COSSARI, Nelson, en ALTERINI, Jorge (dir. gral.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, LA LEY, 2015-X, p. 31.

(14) La publicidad registral cobra especial relevancia en las urbanizaciones estructuradas en base a derechos personales, carentes de toda publicidad. Señala Szmuch que el carácter público del Registro de la Propiedad Inmueble, por contraposición al registro privado que deben llevar las SA y las asociaciones, pone en evidencia la titularidad de los derechos, en beneficio de los terceros interesados –por ejemplo acreedores del propietario– (SZMUCH, Mario, "Adecuación operativa y programática de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Constitucionalidad, naturaleza y contenido de la obligación de adecuar; ¿quién, cómo y cuándo?", RCCyC, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016 (julio), p. 44, cita online AR/DOC/1731/2016). Ver también NISSEN, Ricardo, "La situación jurídica de los clubes de campo, luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación. Punto final para las asociaciones bajo forma de sociedad", ED 263-960.

(15) Ver KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 164; PUERTA de CHACÓN, Alicia - NEGRONI, María Laura, "Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Normas operativas del Código Civil y Comercial", LA LEY 2016-C-724.

Será también importante que no haya presión impositiva en los cambios que es necesario introducir.

En cuanto a la forma de instrumentar la adecuación, sugiere Szmuch –además de la disolución de la sociedad– lo siguiente: 1) Confección y registración del plano de mensura y unificación de todos los lotes que conforman la urbanización, 2) Unificación de los mismos y constitución sobre la parcela resultante de un condominio entre todos los titulares, teniendo en cuenta que el o los lotes de la entidad propietaria de los bienes comunes que no pasen a ser propiedad del consorcio deberán atribuirse a los dueños de los demás lotes, 3) Confección y registración del plano de división por el régimen de P.H., 4) Redacción y otorgamiento del reglamento de P.H., 5) División de condominio por adjudicación de unidades mediante el otorgamiento de la respectiva escritura pública, 6) Inscripción de los instrumentos en el Registro de la Propiedad, 7) Cancelación de la matrícula de la entidad en el Registro Público (16).

En mi opinión, para llevar adelante los referidos pasos, puede ser muy útil la constitución de un fideicomiso. En tal caso, todos los bienes deberían pasar al dominio de un fiduciario, quien luego de redactar el reglamento de acuerdo a las instrucciones recibidas, adjudicará las unidades de conforme al régimen de propiedad horizontal. Lamentablemente, si algún titular se opusiera, no quedará más remedio que la demanda judicial.

Señalan Puerta de Chacón y Negroni que en el supuesto de conjuntos inmobiliarios destinados a vivienda en los que el adquirente entiende haber adquirido el dominio, la eventual afectación de derechos amparados por la Constitución Nacional podrá alcanzar al desarrollador o emprendedor que pueda haberse reservado alguna facultad sobre las cosas de uso común pero muy

difícilmente afectará al adquirente de lotes o viviendas de los conjuntos inmobiliarios, porque es a este a quien beneficia la nueva regulación. Así, p. ej., si el emprendedor se reservó la facultad de administrar el complejo y esa administración futura integraba la ecuación económica del contrato –porque, por ejemplo fue la contraprestación por la constitución de una servidumbre–, deberá mantenerse la equidad del intercambio y respetarse la percepción de ganancia futura o indemnizarse la pérdida (17).

Abreut de Begher no descarta la inconstitucionalidad, pero tampoco la afirma, ya que sostiene que deberá ser probada por quien se oponga a la adecuación y la alegue. En cuanto al plazo, entiende esta autora que al no haberse previsto alguno para la adecuación, podría fijarse judicialmente, en cuyo caso deberá trabarse la contienda judicial con todas las personas interesadas (18).

III.3. ¿Cuáles deben convertirse?

Cabe entender que aquellos conjuntos inmobiliarios que antes de la sanción del nuevo Cód. Civ.yCom. ya se hubieran sometido al régimen de la entonces ley 13.512, no precisan ser adecuados. Esto ocurrió en la provincia de Buenos Aires, ámbito en el que se permitió optar por este sistema. En estos casos, la situación es similar a la gran cantidad de edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal; en principio, no necesitan ser adecuados.

En cambio, entiendo que sí deben ser adecuados aquellos que fueron constituidos con una combinación de derechos reales, tales como el dominio y las servidumbres sobre las áreas recreativas y/o deportivas (dec. 9404/1986 en la provincia de Buenos Aires). Aun cuando se trate de derechos reales, lo cierto es que son derechos reales distintos a los que impone ahora el Código (19).

(16) SZMUCH, Mario, ob. cit.

(17) PUERTA de CHACÓN, Alicia - NEGRONI, María Laura, ob. cit.

(18) ABREUT de BEGHER, Liliana, “Conjuntos inmobiliarios preexistentes a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación”, inédito.

(19) En contra COLMAN LERNER, Horacio, “Propiedad horizontal especial (countries y barrios cerrados)”, *Revista del Notariado*, 926-219. Para este autor la adecuación es obligatoria sólo cuando se trate de derechos personales.

III.4. Requisitos de la unidad funcional

Dice el Código que “La unidad funcional que constituye parte privativa puede hallarse construida o en proceso de construcción, y debe reunir los requisitos de independencia funcional según su destino y salida a la vía pública por vía directa o indirecta” (art. 2077).

También aquí se exigen los requisitos básicos, que consisten en la independencia funcional, y en la comunicación con la vía pública, directa o indirecta.

Lo destacable es que puede constituirse el sistema aun cuando la unidad funcional se encuentre “en proceso de construcción”. Es común que los interesados adquieran lotes de terreno, para luego construir allí una casa, especialmente si se trata de un club de campo o barrio privado. No es muy feliz la expresión “en proceso de construcción”. En mi opinión, no es menester que haya comenzado la construcción de la unidad funcional, sino que es suficiente con la existencia de lotes bien definidos.

La regulación que permite inscribir unidades a construir sobre terreno común ha sido un recurso técnico utilizado en la provincia de Buenos Aires con éxito para que fuera viable aquello que era imposible de otra manera, cuando regía la ley 13.512.

El sistema que se suele utilizar consiste en la confección de un plano con lotes, en realidad con partes más o menos delimitadas de una unidad a construir que tiene 20 metros cuadrados en un determinado polígono y que después se podrá construir con un reglamento que dice que va a haber un apoderado que va a incorporar cada tanto las construcciones que se van haciendo. Si bien deberían incorporarse una por una, el costo de esa incorporación individual sería irracionalmente alto (20).

Así, una vez obtenida la factibilidad del proyecto inmobiliario por la autoridad administrativa competente (municipio o provincia, según disponga la reglamentación local vigente), el objeto de la contratación puede ser un terreno donde a futuro habrán de erigirse las viviendas de uso transitorio (o definitivo), los locales comerciales o los establecimientos industriales que utilizarán de manera exclusiva los particulares que ingresen al complejo, o bien un inmueble ya construido y adaptado a los fines o destinos a los que se lo someterá, según disponga el reglamento de propiedad y administración (21).

Aun cuando las unidades se hallen en proceso de construcción, para que se otorguen las autorizaciones necesarias para luego inscribir los actos registralmente, será menester que se encuentre concluida la red de circulación interna indispensable para la salida a la vía pública (22).

En opinión de Bressan y Linares de Urrutigoity no es indispensable que se encuentren finalizadas las obras de infraestructura y de provisión de servicios. Señalan que la propiedad horizontal no requiere necesariamente un “edificio terminado” pues lo que importa es la existencia de espacios susceptibles de aprovechamiento de acuerdo al destino (arg. art. 2039). En cuanto a las unidades en proceso de construcción, interpretan que, al tratarse los conjuntos inmobiliarios de emprendimientos urbanísticos, las unidades pueden hallarse “urbanizadas o en proceso de urbanización” (23). El criterio es opinable, pues parece razonable esperar que las autoridades locales exijan avances mínimos en la infraestructura para permitir la afectación.

Señalan Puerta de Chacón y Negróni que no es necesaria la escritura de obra nueva. No es necesario a los efectos registrales dar el alta de las unidades funcionales como definitivamente construidas, mediante la escritura de “obra nueva” que requerían algunas normas

(20) CORNA, Pablo, “Conjuntos inmobiliarios”, en *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/conjuntos-inmobiliarios-pablo-corna.pdf>.

(21) SAUCEDO, en RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela, ob. cit., 5, p. 620.

(22) CAUSSE, Jorge, “Urbanizaciones privadas: barrios cerrados y clubes de campo”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, 2ª ed., p. 164.

(23) BRESSAN, Pablo - LINARES de URRUTIGOITY, Martha, ob. cit.

administrativas locales. La superficie cubierta de cada parcela no altera los derechos de propiedad horizontal especial que recaen sobre las demás unidades funcionales del conjunto, cada titular tiene un derecho privativo sobre el terreno de su unidad funcional. Y en los casos que se hubiere previsto en el reglamento de propiedad la necesidad de consignar la superficie cubierta de la unidad funcional, tampoco sería necesario contar con la voluntad de los demás propietarios para el otorgamiento de dicha escritura ni con poderes especiales de éstos a tal efecto (24).

III.5. Servidumbres y otros derechos reales

Las partes comunes podrán en determinadas circunstancias ser gravadas con derechos reales, especialmente el de servidumbre. Dice el Código que “Con arreglo a lo que dispongan las normas administrativas aplicables, pueden establecerse servidumbres u otros derechos reales de los conjuntos inmobiliarios entre sí o con terceros conjuntos, a fin de permitir un mejor aprovechamiento de los espacios e instalaciones comunes. Estas decisiones conforman modificación del reglamento y deben decidirse con la mayoría propia de tal reforma, según la prevea el reglamento” (art. 2084).

Así, por ejemplo, podría constituirse una servidumbre de un conjunto inmobiliario en favor de otro vecino –terceros los llama el artículo–, como la de paso, desagüe, o la de sacar agua.

En cuanto a la mayoría necesaria, no se muestra muy feliz la redacción de la última parte del art. 2084. Cabe inferir que debe ser la unanimidad, teniendo en cuenta que se trata de un acto de disposición de cosas o partes que pertenecen a todos. No es entonces la mayoría que prevea el reglamento, ya que no cabe otra que la mencionada, asamblea mediante, a menos que en el acto de adquisición los interesados hayan anticipado su conformidad.

Cuando el art. 2084 dice que “pueden establecerse servidumbres u otros derechos reales de

los conjuntos inmobiliarios entre sí”, parece referirse a servidumbres entre unidades funcionales, de una a la otra, ya que el art. luego permite servidumbres “con terceros conjuntos”. Esto no suscita ningún inconveniente ni es necesario que se modifique el reglamento, como prevé la norma, salvo que el reglamento lo prohíba. La modificación del reglamento tiene sentido cuando se trata de servidumbres entre conjuntos inmobiliarios autónomos, distintos.

Muchos reglamentos ya contienen servidumbres desde antes de la enajenación de unidades, aunque también pueden surgir después, como prevé el Código. Ha sido utilizada la servidumbre negativa de no hacer o de abstención, para la determinación de los aspectos característicos urbanísticos de un complejo residencial. Propician la obtención de aspectos arquitectónicos tales como “añosas arboledas”, “magníficos parques”, “privacidad”, “limpieza y orden”, “imponentes mansiones”, “típicas construcciones de montaña”, etc. Así el notario, por ejemplo, redactará: “se establece servidumbre real, perpetua, gratuita, negativa del fundo respecto del fundo... de no construir monoblocks, casa de techo plano...” (25).

En cuanto al derecho de *superficie*, prácticamente inviable en una unidad funcional sujeta a la propiedad horizontal común, creo que es compatible en las unidades de este régimen especial. No veo inconveniente en que sobre una parte de un lote de terreno se constituya el derecho de servidumbre a favor de un tercero. El superficiario podrá plantar o construir en la medida que ello no se oponga a lo previsto en el Reglamento.

III.6. ¿Derecho de admisión?

El derecho que tiene cada propietario sobre su unidad funcional y, consecuentemente, su cuota sobre las partes comunes inseparables, es transmisible. Se trata de un derecho real sobre cosa propia que puede ser enajenado, gravado con derechos reales e, incluso, abandonado. Además, por regla, los derechos reales son

(24) PUERTA de CHACÓN, Alicia - NEGRONI, María Laura, ob. cit.

(25) MAVRICH, Ana I., “Servidumbres reales y aspectos urbanísticos de los complejos residenciales”, LL Gran Cuyo 2014-1041.

transmisibles (art. 1906) y el de propiedad horizontal no escapa a dicho carácter (art. 2045).

Dice el Código que “El reglamento de propiedad horizontal puede prever limitaciones pero no impedir la libre transmisión y consiguiente adquisición de unidades funcionales dentro del conjunto inmobiliario, pudiendo establecer un derecho de preferencia en la adquisición a favor del consorcio de propietarios o del resto de propietarios de las unidades privativas” (art. 2085).

Se prohíbe la cláusula de no enajenar en armonía con la regla general prevista en el art. 1972, pero se permite establecer cierta limitación a la transmisibilidad del derecho de propiedad. En esta línea, es posible prohibir la transmisión a persona determinada (art. 1972, primer párrafo).

Además, el art. 2085 permite ciertas restricciones en el reglamento, las que deben ser razonables. Tales limitaciones conciernen al derecho de preferencia que se puede establecer en favor del consorcio o del resto de los propietarios. Esta norma es muy importante ya que, aunque no fue su intención, deja en claro que el consorcio puede ser titular de unidades funcionales.

Está claro que tal derecho de preferencia no es un derecho real, sino un derecho personal (arts. 997/9, 1165). Quien goza de tal prioridad, mientras no la ejerza no tiene un derecho real. Además, en el art. 1165, el Código establece un plazo de caducidad para que se haga valer la preferencia, pues de lo contrario se corre el riesgo de que la unidad quede en un estado indefinido por largo tiempo.

Cierto es que pueden surgir problemas en torno a la oponibilidad a terceros de este derecho de

preferencia. Si está en el Reglamento, no cabe duda de que los terceros no pueden ignorarlo.

Un tema que puede generar diversas interpretaciones es si se trata, o no, de un derecho revocable (arg. arts. 1165 y 1169) y, en tal caso, si se aplica el plazo de caducidad de cinco años previsto para la compraventa (art. 1167), o el genérico de diez años para las condiciones resolutorias (art. 1965), o ninguno. Lo cierto es que en el dominio revocable la cosa debe retornar al anterior dueño que la transmitió (art. 1965), mientras que en los conjuntos inmobiliarios la cosa puede ser adquirida por el consorcio u otro consorcista que no fueron antes propietarios.

Lo que no es admisible es que establezca en el reglamento un derecho de admisión que actúe de manera discriminatoria. En varias oportunidades la jurisprudencia ha intervenido ante situaciones arbitrarias, como la de no permitir el ingreso de una nueva cónyuge o situaciones semejantes (26).

El derecho de admisión, generalmente mal visto, suele ser invocado en el acceso a locales y establecimientos públicos (27). Es extraño a la adquisición de derechos reales.

Señalan Mariani de Vidal y Abella que quienes se deciden a ingresar a una de estas urbanizaciones residenciales y a establecer allí su vivienda (permanente o transitoria), lo hacen movidos por un interés o finalidad común, finalidad cuyo cumplimiento requiere una colaboración activa e igualitaria de los miembros, que aceptan sujetarse a normas estatutarias que permitan la realización del objetivo común, a través del esfuerzo compartido de los partícipes del pro-

(26) Una gran mayoría de los clubes de campo han implementado este derecho, mediante la creación de una comisión interna de admisión. De hecho, es una práctica muy difundida en los *countries* más tradicionales. Cuando una persona quiere comprar una propiedad, debe someterse a una entrevista ante un comité de propietarios. Luego debe completar un extenso formulario con información personal. Dicha información se pega en una cartelera pública en el *club house* para que los demás propietarios hagan sus observaciones y adviertan si creen que existe algún impedimento para que esa persona compre la propiedad. Además, en algunos casos, el interesado debe reunir las firmas de tres propietarios que avalen su ingreso a la urbanización. Este procedimiento es conocido comúnmente como “bolilla negra”.

(27) La ley 26.370 restringe este derecho y establece las reglas de habilitación del personal que realiza tareas de control de admisión y permanencia de público en general, para empleadores cuya actividad consista en la organización y explotación de eventos y espectáculos públicos.

yecto, y que, al momento de escoger el adquirente tiene en cuenta no sólo el aspecto edilicio y la infraestructura y servicios que se prestan, sino también el grupo humano allí asentado. De tal modo, aparece justificado el derecho de quienes ya conviven de regular la admisión de nuevos miembros, a fin de que no pasen a formar parte del emprendimiento quienes, por sus orientaciones o conductas, no satisfagan el paradigma elegido en el caso, o ingresen personas con intereses contrarios al fin perseguido; con lo que va dicho que las restricciones que voluntaria e individualmente deben acatar los adquirentes redundan en un beneficio indirecto para ellos mismos, permitiendo que funcione el sistema al que eligieron ingresar. Mas ese derecho conlleva –como el reverso de una misma moneda– el deber de no incurrir en prácticas discriminatorias, merecedoras del repudio universal (28).

Pues bien, tal opinión ha sido emitida antes de la vigencia del presente Código y respecto de clubes de campo sometidos al régimen de sociedades anónimas. Al adoptar el Código el régimen de propiedad horizontal, el derecho de admisión liso y llano resulta incompatible.

No obstante, el Código le ofrece al consorcio o a los restantes titulares contar con un derecho de preferencia en la adquisición. Este derecho de preferencia no debe regir cuando se trate de actos de disposición entre familiares (v.gr.: donación a un hijo), y tampoco en aquellos *mortis causa*.

Al regular las Disposiciones Generales sobre Contratos, y el contrato de compraventa, el Código trata el pacto de preferencia en los arts. 997, 998 y 1165.

En el caso de los conjuntos inmobiliarios, el propietario deberá comunicar por medio fehaciente al consorcio y a los demás propietarios su deci-

sión de disponer de su unidad, para que estos hagan valer, o no, la preferencia prevista en el reglamento.

Entiendo que la preferencia también puede hacerse valer en caso de *subasta* de la unidad funcional.

III.7. *Expensas. Defensas. Deudas devengadas antes de la adquisición*

Dispone el Código, en el art. 2049: “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 voluntaria o forzosa, ni por abandono de su unidad funcional...”.

La primera parte del art. 2049 es similar al derogado art. 8º de la ley 13.512. Sin embargo, dice que no se liberan ni siquiera de las “devengadas antes de su adquisición”, lo que parece que está mal, que se trata de un error, o que se pretende cambiar el régimen anterior.

Veamos. En el régimen anterior, no había liberación por el no uso, ni por el abandono. En cuanto al abandono, si el titular abdicaba, no se liberaba de las expensas devengadas y adeudadas por él. Ahora, si abandonaba o transmitía de otra forma el derecho real (v.gr.: vende), sí se liberaba de las expensas “devengadas antes de su adquisición”, que le vinieron con la cosa y con ella se van. Una suerte o variante de las obligaciones *propter rem*, máxime si se tiene presente que cuanto la deuda es ajena, es decir que se devengó en cabeza de otro titular, el adquirente sólo respondía con la cosa y no con todo su patrimonio (art. 3266, Código de Vélez).

El art. 2049 no dice que el adquirente de una unidad con deuda responda sólo con la cosa,

(28) ABELLA, Adriana - MARIANI DE VIDAL, Marina, “Clubes de campo y barrios cerrados. El problema de la admisión”, LA LEY 2007-F-1363. En sentido contrario, consideran inadecuado que la titularidad de un derecho real pueda quedar condicionada a la aceptación del resto y piensan que el derecho de admisión genera cierta republicana resistencia, COSSARI, Nelson - LUNA, Daniel, “Las urbanizaciones privadas y el derecho real de propiedad horizontal”, ED supl. diario del 25/09/2003. Ver también en esta línea: CASABÉ, Eleonora, “Seminario sobre la estructura jurídica de los clubes de campo y barrios cerrados”, Revista del Notariado, nro. 903, enero/marzo de 2011, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, ps. 155-158.

como se preveía en el régimen derogado en forma expresa. No obstante, a esta conclusión puede arribarse en función de lo dispuesto por el art. 1937 del Código: *“Transmisión de obligaciones al sucesor. El sucesor particular sucede a su antecesor en las obligaciones inherentes a la posesión sobre la cosa; pero el sucesor particular responde sólo con la cosa sobre la cual recae el derecho real. El antecesor queda liberado, excepto estipulación o disposición legal”*.

Ahora bien, si se acepta que por las obligaciones devengadas durante la titularidad del antecesor se responde sólo con la cosa, no tiene sentido establecer que el titular de la unidad no se libera de ellas *“por enajenación voluntaria o forzosa, ni por abandono de su unidad funcional”*. Respecto de las devengadas antes de su titularidad, sí o sí debe liberarse, pues sólo responde con la cosa y ésta ya salió de su poder. ¿Con qué va a responder? El consorcio acreedor ya no tiene garantía sobre la cual ejecutar el crédito, por lo que es absurdo que no se libere.

Distinta es la situación de las devengadas durante su titularidad. Aunque enajene la unidad, de tales deudas no se libera, y responderá con el resto de su patrimonio.

Cabe entender que ha habido un error en la redacción del art. 2049, en su primera parte.

Si bien el titular que adeuda expensas no se libera por la enajenación de la unidad funcional y sigue siendo deudor, aparece un nuevo deudor de tales obligaciones impagas que es el nuevo adquirente. Ello es así porque según el art. 1937, *“el sucesor particular sucede a su antecesor en las obligaciones inherentes a la posesión sobre la cosa; pero el sucesor particular responde sólo con la cosa sobre la cual recae el derecho real”*.

Esto es así aun cuando el sucesor adquiera en una subasta o remate público, si el dinero obte-

nido no alcanzó para pagar la deuda de expensas. Este es un tema controvertido en doctrina, y que en la Capital Federal fue resuelto de manera obligatoria por un fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil (29).

El sucesor, por la eventual deuda que se genere durante su titularidad, no se libera por el no uso, enajenación o abandono, y responde con todo su patrimonio. En cambio, por las devengadas antes de su adquisición, sólo responde con la cosa, y a pesar del texto legal cabe interpretar que sí se libera de ellas si enajena o abandona la unidad.

En cuanto a la información de subadquirentes sobre las deudas de expensas existentes a ese momento, el art. 2067, inc. l), prevé que el administrador, a pedido de parte interesada, debe expedir dentro del plazo de tres días hábiles el certificado de deudas y de créditos del consorcio por todo concepto con constancia de la existencia de reclamos administrativos o judiciales e información sobre los seguros vigentes.

Esta carga en cabeza del administrador, no implica la exigencia de que la deuda referida esté saldada para poder concretar la enajenación de la unidad, porque de la norma sólo surge que se trata de un certificado *“de deuda”* y no *“de libre deuda”* (30), y ella ni siquiera impone al escribano que autoriza el instrumento de transmisión el deber de solicitar tal certificado, sin perjuicio de la responsabilidad que eventualmente pudiera haberle por los daños y perjuicios que derivaran de esa omisión.

Puede ocurrir que el vendedor de la unidad convenga con el comprador que este último se hará cargo de las expensas adeudadas. El pacto es válido, pero inoponible al consorcio, el que de todos modos le puede exigir la deuda al primero. Luego, éste podrá repetir de su contratante.

(29) No corresponde que el adquirente en subasta judicial afronte las deudas que registra el inmueble por impuestos, tasas y contribuciones, devengadas antes de la toma de posesión, cuando el monto obtenido en la subasta no alcanza para solventarlas. No cabe una solución análoga respecto de las expensas comunes para el caso de que el inmueble se halle sujeto al régimen de la propiedad horizontal (CNCiv., en pleno, “Servicios Eficientes SA c. Yabra, Roberto”, 18/02/1999, LA LEY 1999-B-384, RCyS 1999-606, DJ 1999-1-881).

(30) CNCiv., sala C, LA LEY, 117-762; sala D, ED 15-408.

III.8. Vía ejecutiva

No hay duda de que el crédito por expensas puede ser reclamado por la vía ejecutiva (art. 2048, último párrafo). El problema se presenta en aquellos conjuntos inmobiliarios (en sentido estricto) preexistentes, que funcionen como una combinación de derechos reales y personales, y que no se hayan adecuado al régimen de propiedad horizontal especial.

Cabe entonces preguntarse si una sociedad anónima que tiene el dominio y la administración de espacios comunes tiene derecho a reclamar ejecutivamente el cobro de un certificado de deuda por expensas, esto es, si puede ejercer un beneficio derivado de la configuración de un derecho real que no le asiste.

Seguramente, la doctrina y la jurisprudencia se dividirán en este punto **(31)**.

III.9. ¿Concurso o quiebra del consorcio?

Éste es otro punto que ha generado opiniones encontradas. El Cód.Civ.yCom. reconoce en forma expresa que el consorcio es una persona jurídica (arts. 148 inc. h y 2044), lo cual es un acierto. Ahora, algunos autores sostienen que si dicha persona fuera insolvente, al no estar ex-

cluida de la ley de concursos y quiebras, esta regulación le sería aplicable.

En esta postura se enrola, entre otros, Vitolo, quien sostiene que no habría responsabilidad de los consorcistas por las obligaciones del consorcio, sino solo la obligación frente a este de contribuir a las expensas, entendiendo que: i) el consorcio de Propiedad Horizontal es un persona Jurídica privada; ii) tiene un patrimonio diferenciado del patrimonio individual de los copropietarios; iii) de acuerdo a lo previsto en el art. 143 del Cód.Civ.yCom. no responden por las obligaciones del consorcio; iv) sin embargo los propietarios tienen la obligación de pagar las expensas comunes ordinarias y extraordinarias **(32)**.

Por otra parte, Raspall, califica la responsabilidad de los propietarios como indirecta frente a terceros, quienes pueden llegar a través de la vía de la cesión de derechos o mediante el ejercicio de la acción de subrogación. Para este autor el consorcio es una persona jurídica necesaria (impuesta por la ley) y para que exista propiedad horizontal, deberá existir el consorcio. Por lo tanto si subsiste la afectación no tiene sentido disolver la persona jurídica, porque habría que generar una nueva a los mismos fines. Por lo tanto el régimen de concursos y quiebras no puede ser aplicado plenamente al consor-

(31) Por la negativa ver CNCom., sala C, "Altos de los Polvorines SA c. Castaño, Mariana s/ ejecutivo", 13/10/2016, LA LEY 2017-B-143, con nota de Marina MARIANI DE VIDAL y Adriana N. ABELLA. Estas autoras discrepan con la solución del fallo. Alegan que los certificados de deuda emitidos por el emprendimiento consignarán la existencia de una deuda líquida y exigible; porque la intervención del deudor se aprecia, en primer lugar frente a su ingreso a la urbanización, que conllevó su adhesión al estatuto consagradorio de la vía ejecutiva y luego por la posibilidad de que consienta o impugne las liquidaciones que recibe periódicamente, todo lo cual tiene naturaleza contractual sujeta al deudor como la ley misma. Citan también el principio de la buena fe, y destacan lo importante que es el pago puntual de las expensas para la buena marcha del emprendimiento. Ver también CNCom., en pleno, "Barrio Cerrado Los Pilares c. Álvarez, Vicente J. A. s/ ejecutivo", 04/05/2015, RCCyC 2015 (noviembre), 161 con nota de Américo A. CORNEJO. Por una estricta mayoría de 9 votos contra 8, negó que el certificado de deuda por expensas comunes emitido por la administración de un club de campo o barrio cerrado, no organizado bajo el régimen de propiedad horizontal, pudiera considerarse título hábil para proceder ejecutivamente a su cobro, no obstante la existencia de previsiones contractuales para ello resultantes del correspondiente reglamento. Por la afirmativa: CNCiv., Sala A, "Lagunas del Polo Barrio Cerrado SA c. G. L. G. s/ ejecución de expensas", 28/08/2015; Sala G, "C. D. C: H. D. S. II SA c. A., S. C. y otro; s/ ejecución de expensas", 03/04/2017.

(32) VÍTOLO, Daniel R., "Concursabilidad e insolvencia del Consorcio de Propiedad Horizontal y responsabilidad de los propietarios", LA LEY 2016-D-931; del mismo autor, "El Consorcio de Propiedad Horizontal como nuevo sujeto concursal. El desafío interpretativo", Ponencia en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal (Villa Giardino 2015), t. I, p. 431. También BARBIERI, Pablo, "Los sujetos concursables y la reforma del Código Civil y Comercial", SAJ: DACF140903.

cio. Sostiene que hay un régimen de responsabilidad de los propietarios en forma directa e indirecta que suple los fines del concurso. Por lo tanto el consorcio no es susceptible de concursarse (33).

El art. 143 *in fine* del Cód.Civ.yCom. dice que los miembros de la persona jurídica no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este título y lo que disponga la ley especial. Asimismo el art. 2046 del Cód.Civ.yCom. establece en su inc. c) que “el propietario está obligado a... pagar expensas comunes ordinarias y extraordinarias en la proporción de su parte indivisa”, y el art. 2048 dispone que: “Cada propietario... Debe pagar las expensas comunes ordinarias de administración y reparación o sustitución de las cosas y partes comunes o bienes del consorcio necesarias para mantener el buen estado, la condiciones de seguridad, comodidad y decoro del inmueble y las resultantes de las obligaciones impuestas al administrador... También debe pagar las expensas comunes extraordinarias dispuestas por la resolución de la asamblea”. De tal forma, tales deudas con terceros se traducen en expensas, que deberán abonar los copropietarios de las diferentes unidades funcionales.

En mi opinión, a pesar de la deliberada ausencia del art. 1989 del Proyecto de 1998 (34), según el cual “la sentencia que se pronuncia contra el consorcio tiene autoridad de cosa juzgada en relación a los copropietarios” y “los propietarios responden subsidiariamente por las deudas del consorcio en la extensión de sus alícuotas”, y lo previsto en el arts. 143 y 150 de Cód.Civ.yCom., no se puede interpretar que la voluntad del legislador fue exonerar la responsabilidad de los propietarios por las deudas del consorcio. La ley especial que menciona el art. 143 del Cód.Civ.yCom., es la regulación del derecho de propiedad horizontal, que dispone que los consorcistas deben pagar las expensas y estas incluyen las obligaciones impuestas al administrador. Por lo tanto podría afirmarse que

los propietarios son responsables en forma personal y subsidiaria por las deudas contraídas por el administrador en ejercicio de sus funciones, o las impuestas por la ley, reglamento o Asamblea (35).

Los acreedores del consorcio no pueden ir contra los propietarios, sino a través del consorcio, y el consorcio sólo puede cobrarle a cada propietario las expensas que éste adeude. Los propietarios responden frente a las deudas del consorcio a través de las expensas y su responsabilidad es individual e ilimitada. No se podrá ejecutar a los propietarios más allá de lo que estos adeudan por expensas, ahora bien respecto de las expensas, cada propietario responde con todos sus bienes (ilimitación) y no solo con las unidades funcionales de que sea propietario.

No hay que omitir que la posible declaración de quiebra implicaría consecuencias nefastas para el inmueble afectado al régimen de propiedad horizontal. El consorcio es una persona que debe tener continuidad, no puede disolverse, dado que la indivisión forzosa del inmueble hace ineludible la permanencia del consorcio. Según el art. 2044 la extinción del consorcio acarrea la desafectación del inmueble de este régimen, y lo cierto es que una eventual declaración de quiebra podría provocar su extinción. A su vez, el art. 2055 admite como posibilidad la extinción en caso de grave deterioro o destrucción del edificio, si la mayoría que representa más de la mitad del valor así lo decide.

A diferencia de las otras especies reguladas en el nuevo Código, en la Parte General sólo se la menciona. A su vez, en el libro IV, dedicado al tratamiento de los derechos reales, se disciplinan pormenorizadamente las exigencias formales del instrumento constitutivo (arts. 2056 y ss.), el régimen de asambleas (arts. 2058 a 2063); el consejo de propietarios (art. 2064), las funciones del administrador (arts. 2065 a 2067), previéndose la posibilidad de que existan subconsorcios (art. 2068). Como puede

(33) RASPALL, Miguel, “Concursabilidad del consorcio de propiedad horizontal, Análisis crítico”, LA LEY 2016- C-1056.

(34) Ver ALTERINI, Jorge, “Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código”, LA LEY, AR/DOC/4622/2012.

(35) KIPER, Claudio, “Tratado de Derechos Reales”, Ed. Rubinzal-Culzoni, t. I, p. 586.

verse, existe una regulación orgánica del sujeto consorcio establecida en el libro IV del Cód.Civ.yCom. que debe armonizarse con las disposiciones generales del Libro I. Esto implica considerar las particularidades del consorcio, que se relaciona con la vivienda y su protección legal y constitucional **(36)**.

Por último, cabe también decir que no es necesaria la inscripción de esta persona en registro público alguno. Su calidad especial determina que es suficiente con la inscripción del reglamento en el Registro de la Propiedad Inmueble.

III.10. Transcripción de restricciones en los títulos

El reglamento de propiedad horizontal integra el título de cada adquirente y se presume conocido sin admitir prueba en contrario (art. 2080). Esto es lógico ya que el reglamento se debe inscribir en el Registro de la Propiedad Inmueble (art. 2038).

Sin embargo, dispone el art. 2080 que *“toda limitación o restricción establecida por el reglamento debe ser transcrita en las escrituras traslativas del derecho real de propiedad horizontal especial”* (v.gr.: obligación de edificar la vivienda o local en el predio, pautas y tiempo máximo para hacerlo, obligación de forestar y parquizar las áreas que la circunden, etc.) **(37)**. En verdad, exigir estas –a veces– extensas transcripciones es innecesario, pues si el reglamento integra el título y es oponible a todos, el incumplimiento de la transcripción no alterará la situación. La limitación será igualmente oponible.

III.11. Relación de consumo

El Cód.Civ.yCom., al tratar “especies” de conjuntos inmobiliarios, esto es, el tiempo compartido y el cementerio privado, destaca en ambos casos que se configura una relación de consumo (arts. 2100 y 2111). En cambio, nada dice respecto de los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos.

La ley 24.240 de Defensa del Consumidor, modificada por las leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361, disponía en su art. 1º que *“(…) queda comprendida (en el régimen de la ley) la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines”*. Sin embargo, el Anexo II, como parte de las “Normas Complementarias” de la ley 26.994 de sanción del nuevo Código, sustituyó el art. 1º de la ley 24.240 por otro que no contiene dicha mención. Tampoco lo dice el art. 1092 del Código al definir la relación de consumo.

No obstante el silencio, parece razonable interpretar que pueda darse en las adquisiciones de unidades funcionales en los conjuntos inmobiliarios una relación de consumo, si concurren los presupuestos.

IV. Palabras finales

Como se desprende de lo expuesto, el nuevo Cód.Civ.yCom., en lo que respecta a los conjuntos inmobiliarios, suscita nuevas dudas e interrogantes que seguramente la doctrina y la jurisprudencia resolverán con el tiempo y con prudencia. El primer paso lo darán las próximas Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

(36) Conf. MOIA, Ángel - PRONO, Patricio, “El comienzo de la existencia de la persona jurídica”, RCCyC, diciembre 2015, p. 89.

(37) SAUCEDO, en RIVERA - MEDINA, ob. cit., p. 628.

Licitación entre herederos: régimen civil y procesal

Por Francisco A. M. Ferrer

SUMARIO:

I. Antecedentes. Derecho comparado.– II. La legislación argentina.– III. Utilidad del instituto.– IV. Concepto.– V. Sujetos legitimados.– VI. Naturaleza.– VII. Ámbito de funcionamiento.– VIII. El pedido de licitación puede ser individual o plural.– IX. Oportunidad.– X. Reglas para la procedencia del pedido de licitación.– XI. Trámite.– XII. Carácter declarativo del instituto. Antecedentes y consecuencias.

Siendo la licitación una operación particionaria y preliminar a la partición propiamente dicha, en la cual provocará un reajuste de los valores de las distintas porciones hereditarias, nos pareció una cuestión que encuadra en el amplio tema de “Partición y colación” designado para las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Este instituto estaba contemplado en el art. 3467 del Código Civil, y durante los casi cien años que estuvo vigente hasta su derogación en 1968 por la ley 17.711, tuvo una significativa aplicación, generando dificultades y conflictos dada su escueta regulación. Fue reimplantado por el nuevo Código Civil y Comercial en el art. 2372, y lo hemos tratado (1), pero nos pareció oportuno referirnos nuevamente sobre su régimen civil y procesal, porque el texto igualmente breve del art. 2372 deja abierta muchas cuestiones y los análisis producidos no son coincidentes o no las contemplan, y también rectificamos algunos de nuestros criterios y ampliamos comentarios. Para diversos aspectos, como la naturaleza del instituto, el procedimiento para llevarlo a cabo y sus efectos, resultan útiles la jurisprudencia y la doctrina elaboradas durante la primera etapa de la vida de la licitación.

I. Antecedentes. Derecho comparado

El instituto de la licitación es muy antiguo, tuvo su origen en el derecho romano, se denominaba *licitatio*, cuyo procedimiento en las fuentes se mencionaba en la partición judicial, y ateniéndonos a la autoridad de Charles Maynz los interesados o el juez podían poner la cosa hereditaria en subasta para que se adjudique al mejor postor; cuyo acto se podía realizar únicamente entre los interesados, o también públicamente con la intervención de extraños. El producido se dividía entre los comuneros (2).

La posibilidad de que la licitación sea pública, con participación de extraños fue adoptada por el Código Civil francés cuando una cosa común no puede dividirse cómodamente o sin pérdida de valor, o si ninguno de los copartícipes puede o no quiere tomarla, la venta se hará en subasta pública, y el precio dividido entre los copropietarios. Asimismo, cada uno de los copropietarios tiene derecho a solicitar que los extraños sean llamados a la licitación, los cuales han de ser necesariamente llamados cuando uno de los copartícipes es menor (arts. 1686/1688). No

(1) “Comentario al art. 2372”, en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial. Tratado exegético*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., t. XI; y en coautoría con GUTIÉRREZ - DALLA FONTANA, Esteban – FERRER, Francisco A. M., “La licitación en el Código Civil y Comercial”, n. 5, *Rev. Der. de Familia y de las Personas*, agosto 2016, ps. 173 y ss.

(2) MAYNZ, Charles, “Cours de droit romain”, Ed. Bruxelles, París, 1870, 3ª ed., t. II, ps. 472 y 475.

obstante, si todos los herederos son capaces y están presentes o representados, pueden decidir por unanimidad que la licitación se efectúe únicamente entre ellos (art. 1378, Cód.Proc. Civ. francés). Sigue esta orientación el Código belga (art. 827, y arts. 1186/1193 ter (para inmuebles) y 1194 a 1204 bis (para muebles), del Código Judicial. Igualmente el Código Civil suizo, según cuyo art. 612, párr. 3º dispone que los herederos por unanimidad pueden elegir el modo de la subasta, pública o sólo entre los herederos; y a falta de acuerdo resuelve el juez. En esta línea también cabe computar el Código alemán, el cual dispone que si la división en especie de un bien común no es posible, y si la enajenación a un tercero no es conveniente, el bien se debe subastar entre los comuneros (arts. 753 y 1235). O sea que la regla es, en principio, la intervención de extraños mediante la subasta pública.

Otros Códigos optaron por imponer directamente la subasta pública y, consiguientemente, la intervención de extraños: el Código Civil italiano (arts.720/722), uruguayo, art. 1137; boliviano. art. 1242; brasileño, arts. 2019, inc. 2º y 1322.

En otros ordenamientos civiles, la regla es al revés: la licitación en principio se hace sólo entre los coherederos, pero cuando un bien indiviso no admite división o la división le haga perder valor, cualquiera de los herederos puede pedir la admisión de licitadores extraños: Código colombiano, art. 1394, incs. 1º y 2º; chileno, art. 1337, incs. 1º y 2º. Explica Somarriva Undurraga que el derecho de cualquiera de los comuneros para solicitar la admisión de postores extraños es un arma eficaz que pone el legislador en manos de los comuneros débiles que están en inferioridad económica con respecto a los otros. Al admitirse postores extraños se evita que uno de los comuneros aprovechándose de su situación, obtenga el bien a un precio inferior al comercial (3).

(3) SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, "Indivisión y partición", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981, n. 478, 4ª ed., p. 380. En el mismo sentido: RIVAROLA, Alfredo C., "La licitación en la partición y en el condominio", JA 75-Sec. Doc. 105, n. VII. Lisandro Segovia explicaba, criticando la licitación limitada a los herederos del art. 3467 del Código argentino, que la intervención de terceros es el modo más natural de obtener el mejor precio, con provecho de todos los coherederos; y lo contrario se traduce en beneficio del heredero rico y en perjuicio de sus coherederos pobres que no pueden sostener la competencia (SEGOVIA, Lisandro, "El Cód. Civil de la Rep. Argentina", Buenos Aires, 1881, t. 2, coment. art. 3469, de su numeración, nota 62, p. 492). (4) MARTÍNEZ, Eladio W., "Derecho sucesorio en la legislación paraguaya", La Ley Paraguaya, Asunción, 3ª ed., 2011, p. 253.

No obstante, el Código paraguayo dispone que cuando las cosas no admitan fácil división y varios herederos la piden a la vez, se licitará entre ellos [art. 2535, inc. e)], es decir, con exclusión de terceros extraños (4).

En definitiva, como se aprecia, en la legislación comparada la suerte de la licitación es disímil, primando la intervención de terceros.

II. La legislación argentina

Vélez Sarsfield receptó el instituto de la licitación siguiendo la tendencia del Código francés, pues la concibió como una operación o modo de partición al incluirla en el cap. II, del tít. VI, "De las diversas maneras como puede hacerse la partición de la herencia", pero se apartó en varios aspectos, elaborando una norma original, de tal modo que el art. 3467 carece de nota sobre sus fuentes. Dispone "Cada uno de los herederos tiene el derecho de licitar algunos de los bienes hereditarios, ofreciendo tomarlos por mayor valor que el de la tasación, y en tal caso se le adjudicarán por el valor que resultare en la licitación. De este derecho no puede usarse, cuando los herederos, teniendo conocimiento de la tasación, nada le han opuesto y la partición se ha hecho por el valor regulado de los bienes". Se apartó del precedente francés al prever la licitación sólo entre los coherederos, con exclusión de extraños, y al disponer que procede a instancias de un coheredero que pretende "algunos de los bienes hereditarios", sin necesidad de ningún otro requisito respecto del sujeto ni del objeto del procedimiento, aunque exige que el licitante no haya consentido la tasación de los bienes.

El Anteproyecto Bibiloni y el Proyecto de 1936, por el contrario, condicionan el procedimiento de la licitación a que se trate de cosas que no

admitan cómoda división, o que fuesen solicitadas por varios herederos; y además asignan a la partición, y por consiguiente a la licitación, efectos atributivos del dominio (arts. 3044, inc. 4º, y 3098, Anteproyecto Bibiloni; arts. 1941, inc. 5º, y 1971, Proyecto de 1936). El Anteproyecto de 1954 volvió al efecto declarativo de la partición (art. 849), y a la norma del art. 3467 del Código de Vélez, con algunas modificaciones, fundamentalmente la que pone un límite a la licitación: el heredero no podrá hacer ofertas que superen el haber de su hijuela, pero dos o más herederos podrán hacer conjuntamente la oferta (art. 842).

La reforma del Código Civil de 1968 por la ley 17.711, derogó el art. 3467 con el argumento que expuso Borda (5): no resguarda la igualdad que debía existir entre los coherederos en el momento de la partición, pues aquel que tuviera una mejor situación económica podía quedarse, a través de la licitación, con los bienes que fueran más rentables.

El Proyecto de 1998 propuso rescatar la licitación y retomó la citada norma del Anteproyecto de 1954, con el agregado de que no podía solicitarse la licitación después de pasados treinta días de la aprobación de la tasación (art. 2325).

El nuevo Código Civil y Comercial siguió esta última política legislativa y contempla la licitación en el art. 2372, incluido en el cap. II sobre los “Modos de hacer la partición” (tít. VIII: Partición, del Libro V) (6). Dispone:

“Cualquiera de los copartícipes puede pedir la licitación de alguno de los bienes de la herencia para que se le adjudique dentro de su hijuela por un valor superior al del avalúo, si los demás copartícipes no superan su oferta.

“Efectuada la licitación entre los herederos, el bien licitado debe ser imputado a la hijuela del adquirente, por el valor obtenido en la licitación, quedando de ese modo modificado el avalúo de ese bien.

“La oferta puede hacerse por dos o más copartícipes, caso en el cual el bien se adjudica en copropiedad a los licitantes, y se imputa proporcionalmente en la hijuela de cada uno de ellos.

“No puede pedirse la licitación después de pasados treinta días de la aprobación de la tasación”.

La norma tiene como antecedente directo el art. 2325 del Proyecto de 1998, con la salvedad de que se suprimió la exigencia de que no pueden hacerse ofertas que superen el haber de la hijuela correspondiente.

III. Utilidad del instituto

En la nota de elevación la Comisión Redactora del Proyecto de Código Civil de 2012, que entró a regir el 1º de agosto de 2015, destacó que la licitación es una institución útil para los intereses de los coherederos. La utilidad se mani-

(5) BORDA, Guillermo A., “La reforma de 1968 al Código Civil”, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1971, n. 408.

(6) Parte de la doctrina se manifestó en contra de la reimplantación de la licitación: PÉREZ LASALA, José L., “Tratado de sucesiones”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires – Santa Fe, 2014, t. I, n. 509; AZPIRI, Jorge O., “Incidencias del Cód. Civil y Comercial. Derecho sucesorio”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 168. Pero la doctrina predominante considera útil y acertada la reincorporación del instituto como Augusto C. BELLUSCIO (“Los puntos fundamentales del Anteproyecto de Código Civil en materia de sucesiones”, JA, Número especial, 2012-III p. 7); NATALE, Roberto M., “La reimplantación de la licitación”, RDF, Abeledo Perrot, n. 60, Julio 2013, ps. 212 y ss.; CÓRDOBA, Marcos M. (en LORENZETTI, Ricardo L. [dir. gral.], “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2015, t. X, ps. 700/701); GOYENA COPELLO, Héctor R., “Tratado del derecho de sucesión”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 3ª ed., t. III, p. 583; MEDINA, Graciela - ROLLERI, Gabriel, “Derecho de las sucesiones”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 423; FERRER, Francisco A. M., “El derecho de sucesiones en el Código Civil y Comercial”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNL, Santa Fe, n. 10, 2016, p. 49; MOURELLE DE TAMBORNEA, María Cristina-PODESTA, Andrea I., “Derecho de las sucesiones”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, t. 1, p. 445. Las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán 2011, dictaminaron de lege ferenda la conveniencia de incluir la en el Código Civil, sobre la base de la ponencia presentada por los Dres. Francisco A. M. Ferrer y Roberto M. Natale (Comisión n. 7).

fiesta, por ejemplo, al brindar una vía alternativa cuando un coheredero no puede ejercer la atribución preferencial de un determinado bien por no reunir los requisitos exigidos del art. 2380 Cód.Civ.yCom., o una solución cuando se suscita una disputa insuperable entre coherederos que pretenden la adjudicación de un mismo bien (7). Asimismo, la licitación permite que heredero haga valer el mayor valor que para él tiene un bien determinado, cuyo interés por ese bien puede exceder el meramente económico, siendo determinante su valor afectivo, circunstancia que naturalmente las tasaciones no tienen en cuenta; y beneficia también en todos los casos a sus coherederos, que obtienen una mejoría en sus respectivas hijuelas como consecuencia del aumento del valor del bien debido al accionar de aquel (8).

IV. Concepto

La licitación es el derecho que tienen los copartícipes o coherederos interesados en un bien de la herencia, de ofrecer por él un valor superior al que se le asignó en la tasación, para que se lo adjudiquen en su lote, y esta petición da lugar a una puja con sus copartícipes, para que, en definitiva, el bien sea atribuido al que hizo la mejor postura, pasando a integrar su hijuela por el valor obtenido en la licitación, quedando así modificada su valuación.

Por este instituto se altera, entonces, la tasación respecto al bien licitado, que queda en el valor de la postura más alta efectuada por uno de los coherederos; y genera la obligación de adjudicárselo en su hijuela por ese mayor valor, debiendo reajustarse los valores al practicarse la partición.

V. Sujetos legitimados

El primer párrafo del art. 2372 expresa que “cualquiera de los *copartícipes* puede pedir la

licitación”, pero esos “copartícipes” no son otros que los coherederos, a los que refiere el segundo párrafo del mismo artículo. Es decir, los copropietarios de la herencia, concebida como universalidad jurídica. Copartícipe en este caso es sinónimo de coheredero, porque significa que hay otros herederos que tienen participación en la misma cosa, que en este caso es la herencia y los bienes que la integran. Por lo tanto, están legitimados para solicitar la licitación los herederos, legales o instituidos, universales o de cuota (arts. 2486 y 2488 del Cód.Civ.yCom.), y también los cesionarios totales de sus derechos hereditarios (art. 2304 del Cód.Civ.yCom.), pues quedan colocados en la misma posición jurídica que el heredero cedente. Licitata el heredero que ya tiene una parte indivisa del bien y quiere adquirir las restantes partes que titularizan sus coherederos para que se lo adjudiquen íntegramente en su hijuela.

Los legatarios o beneficiarios de un cargo no son “copartícipes” o “comuneros” de los herederos sobre el acervo hereditario, porque no tienen derecho sobre la universalidad jurídica hereditaria, como lo tienen los herederos. Los legatarios tienen un derecho singular únicamente sobre el bien determinado que les ha destinado el testador; los herederos, universales o de cuota, por el contrario, tienen un derecho indiviso sobre la herencia como universalidad jurídica. O sea, un derecho universal. Los legatarios particulares al carecer de derecho hereditario sobre los demás bienes hereditarios, como lo tienen los herederos, nunca podrían ejercer el derecho a licitarlos, pues en nuestro régimen legal la licitación no es una subasta pública en la cual pueden intervenir terceros ajenos a la titularidad de la cosa objeto de la licitación. La circunstancia de que el legatario o el beneficiario se encuentren habilitados para pedir la partición, no les otorga derecho a licitar cualquier bien de la herencia, pues se trata de dos derechos diferentes condicionados a situaciones distintas, sin contar que el legatario

(7) Conf.: IGLESIAS, Mariana, en IGLESIAS, Mariana - KRASNOW, Adriana, “Derecho de las familias y de las sucesiones”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 972.

(8) CORDOBA, Marcos M. en LORENZETTI, Ricardo (dir. gral.), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, - Santa Fe, 2015, t. X, ps. 700/701, y en “Sucesiones”, Ed. Eudeba - Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2016, p. 234; GOYENA COPELLO, Héctor R., “Tratado del derecho de sucesión”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 3ª ed., t. III, ps. 584/585; MOURELLE DE TAMBORENEA, María Cristina - PODESTÁ, Andrea, “Derecho de las sucesiones”, ob. cit., t. 1, p. 445.

y el beneficiario de un cargo no tienen derecho a pedir la partición, sino, sólo pueden ejercer por vía subrogatoria el derecho a partir de los copropietarios de la herencia (art. 2364, Cód. Civ.yCom.).

Los herederos y sus cesionarios totales, son los únicos sujetos de la indivisión o comunidad hereditaria, porque han sido llamados a recibir una parte alícuota del conglomerado patrimonial que constituye la herencia. De ahí que son “copartícipes”, porque tienen derechos de la misma naturaleza sobre la herencia y, consecuentemente, sobre todos los bienes que la conforman. Y por ello son los únicos que pueden licitar cualquiera de esos bienes porque ya tienen una parte indivisa en los mismos, en cuanto son sucesores en la universalidad patrimonial del causante (9).

Ahora bien, el testador puede disponer un legado dejando el mismo bien a dos o más personas, en cuyo caso éstos serán colegatarios y “copartícipes”, porque tienen participación en el mismo bien legado con derechos de igual naturaleza. Pero está claro que no “coparticipan” con los herederos en los restantes bienes de la herencia, pues su derecho está restringido al bien legado, y por ello no pueden licitar bie-

nes sobre los que no tienen derecho hereditario alguno, porque la licitación no es una subasta pública. Por la misma razón, tampoco los coherederos podrían licitar un bien que ha sido legado por el testador, porque no tienen derechos sobre el mismo y no son “copartícipes” del legatario (10).

¿Podrían licitar los colegatarios el bien legado, en cuanto con copartícipes del mismo? Pareciera que no, porque el art. 2372 se refiere sólo a los herederos (2º párrafo), y se considera que es un derecho propio de los herederos. Ahora como en este instituto no está interesado el orden público, porque está previsto sólo en utilidad de los herederos, consideramos que se podría admitir también la licitación entre los colegatarios de un mismo bien, si todos ellos están de acuerdo en someterse a este procedimiento para concluir el estado de indivisión.

VI. Naturaleza

El art. 2372 dispone la realización de la licitación sólo entre los integrantes de la indivisión hereditaria, pues el primer párrafo habilita el procedimiento únicamente “a los demás copartícipes”, que pueden superar la oferta del licitante; y en

(9) Tal es el régimen de los legitimados para licitar tanto en el Código Civil (art. 3467) como en la nueva norma del art. 2372 Cód.Civ.yCom.: CS Santa Fe, sala 2ª, 15/12/1942, LA LEY 33-482; SEGOVIA, Lisandro, “El Cód. Civil de la Rep. Argentina”, cit., coment. art. 3469, de su numeración, nota 62, p. 492; LAFAILLE, Héctor, “Sucesiones”, compilada por Isauro P. Argüello - Pedro Frutos, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1932, t. I, n. 459; BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil. Sucesiones”, t. I, 9ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, n. 597; ARIAS, José, “Derecho sucesorio”, ob. cit., p. 505, n. 5; DE GASPERI, Luis, “Tratado de derecho hereditario”, Ed. TEA, Buenos Aires, 1953, t. I, n. 243, p. 238; FORNIELES, Salvador, “Tratado de las sucesiones”, Ed. Tea, Buenos Aires, 1958, 4ª ed., t. I, p. 343, n. 274; FERRER, Francisco A. M., “Cuestiones de Derecho Civil”, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1979, p. 405; PÉREZ LASALA, José L. “Tratado de Sucesiones”, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Buenos Aires, 2014, t. I, p. 705; FERRER, Francisco A. M., “Comunidad hereditaria e indivisión posganancial”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires – Santa Fe, 2016, ns. 101/105; en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), “Código Civil y Comercial. Tratado exegético”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 4ª ed., t. XI, p. 406; y “El derecho de sucesiones en el Código Civil y Comercial”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNL, Santa Fe, n. 10, 2016, p. 49; FERRER, Francisco - GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban, “La licitación en el Código Civil y Comercial”, n. 5, *Rev. Der. de Familia y de las Personas*, agosto de 2016, ps. 173 y ss. No obstante, sostienen erróneamente la legitimación para licitar de legatarios y beneficiarios de un cargo: OLMO, Juan Pablo, en RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, t. VI, ps. 241/242; MOURELLE DE TAMBORENEA, María Cristina – PODESTÁ, Andrea, “Derecho de las sucesiones”, ob. cit., t. 1, p. 445; LLOVERAS, Nora – ORLANDI, Olga – FARAONI, Fabián, “Derecho de sucesiones”, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2016, t. I, p. 452; y MEDINA, Graciela – ROLLER, Gabriel, “Derecho de las sucesiones”, ob. cit., p. 424.

(10) Se entiende que los herederos no tienen derechos sobre el bien legado y deben entregarlo al legatario, pero si fuesen herederos forzosos podrían dejarlo sin efecto en la medida en que afecte su legítima mediante la acción de reducción (art. 2452 Cód.Civ.yCom.).

el segundo expresa “Efectuada la licitación entre los herederos...”, o sea claramente excluye de la licitación a los terceros extraños.

La oferta que efectúa un heredero para que le adjudiquen un bien por un valor superior al asignado por la tasación, determina que el juez convoque a los demás para darles la oportunidad de que también efectúen posturas, por lo que se provoca una puja y se adjudica el bien a quien termina ofreciendo el mayor precio, respetándose así la regla de igualdad de los coherederos. Se trata, en consecuencia, desde el punto de vista formal, de una *subasta privada o cerrada* entre los coherederos, debiendo observarse las reglas de la subasta **(11)**.

Desde la perspectiva sustancial, es un modo de partición, uno de los procedimientos para poner fin a una indivisión. O sea, importa una partición y está sujeta a sus reglas y efectos sustanciales, como veremos en el paráf. 12.

VII. Ámbito de funcionamiento

Tal como ocurre con la partición, la licitación se puede realizar privadamente, ante un notario, para lo cual se requiere que todos los herederos sean plenamente capaces y estén presentes (arg. art. 2369). O también puede llevarse a cabo en el contexto del proceso sucesorio, y tendremos la licitación judicial, en cuyo caso podrá realizarse aunque concurren herederos que no sean plenamente capaces, o ausentes, con la debida representación o apoyo.

Si el padre y su hijo menor, o el tutor y su pupilo son coherederos, podrán licitar un bien sucesorio sin que rija para ellos la prohibición de comprar bienes del menor (arts. 689. 2º párr., y 120, CCC), porque tanto el padre como el tutor nada adquieren de su hijo o pupilo, pues por el efecto declarativo de la licitación (ver nº 12), adquieren el bien directamente del causante. Aunque consideramos que en tal acto el menor debería estar representado por un tutor especial **(12)**.

VIII. El pedido de licitación puede ser individual o plural

El ejercicio del derecho a licitar puede ser ejercido por uno, por dos o más de los coherederos. En el supuesto de una pretensión plural el bien se adjudicará en copropiedad a los licitantes, y se imputa proporcionalmente en la hijuela de cada uno de ellos (art. 2372, tercer párr.).

IX. Oportunidad

El coheredero interesado debe manifestar su voluntad de licitar un bien determinado de la herencia dentro de los treinta días a partir de la aprobación de la tasación de los bienes sucesorios (último párr., art. 2372). Se trata, por consiguiente, de un modo o procedimiento de partición, preliminar a la partición propiamente dicha, lo cual surge explícitamente tanto del art. 3467 del antiguo Código **(13)**, como de las normas del nuevo Código.

(11) De acuerdo: CNCiv., Sala A 11/08/1965, LA LEY 121-673 (13.026-S); SEGOVIA, Lisandro, “El Cód. Civil de la Rep. Argentina”, ob. cit., t. II, p. 492, nota 62 de su art. 3469; CASTRO, Máximo, “Licitación entre herederos”, RDP, 1943-I-31 y ss.; COLOMBO, Leonardo A., “De la licitación en las sucesiones”, LA LEY 91-997, ns. 4 y 15; ALSINA, Hugo, “Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1965, t. VI, ps. 798/799, y nota 489; AREÁN, Beatriz, en BUERES, Alberto J. (dir.): “Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado”, Ed. Hammurabi, 2015, t. 2, p. 552; nuestro trabajo: “El derecho de sucesiones en el Código Civil y Comercial”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNL, Santa Fe, n. 10, 2016, p. 49. Goyena Copello expresa que “la licitación se trata de un verdadero remate, casi podríamos calificarlo de subasta” (GOYENA COPELLO, Héctor R., “Tratado del derecho de sucesión”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 3ª ed., t. III, p. 586).

(12) VAZ FERREYRA, Eduardo, “Tratado de las sucesiones”, ob. cit., t. 6-1º, n. 677, ps. 154/155; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, “Indivisión y partición”, ns. 581 y 583.

(13) CCiv. 2ª, Capital, 22/09/1941, LA LEY 24-361 y JA 76-319; ST Santa Fe, 15/12/1942, LA LEY 33-482; ALSINA, Hugo, “Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial”, ob. cit., t. VI, ps. 796/797.

En efecto, de acuerdo al art. 2365 Cód.Civ.yCom. la partición se puede pedir recién después de aprobados el inventario y avalúo de los bienes. Evidentemente para que el avalúo de los bienes quede firme y pueda ser solicitada la partición, deberán transcurrir previamente los treinta días desde la aprobación de la tasación (14), pues dentro de dicho plazo se puede pedir la licitación de algún bien (arts. 2372, último párr. y 2365). Y si algún heredero ejerce el derecho a licitar, el procedimiento tiene por resultado una revaluación del bien licitado, lo cual tiene lógica incidencia en la operación particionaria, en la cual se deberán reajustar los valores. Por lo tanto, transcurrido dicho plazo, o concluido el procedimiento licitatorio, recién entonces se podrá instar la realización de la partición.

X. Reglas para la procedencia del pedido de licitación

No hay variantes, respecto al derecho anterior, en cuanto a los sujetos, pues únicamente legitimados son los copartícipes o copropietarios de la herencia, es decir, los coherederos, legales o testamentarios, universales o de cuota, como dijimos en el n. 4. Uno o varios pueden ser los peticionantes conjuntos de la licitación (n. 7). Se mantiene asimismo la regla de que la licitación debe ser solicitada antes de realizar la partición. Es un procedimiento partitivo preliminar.

No se requiere que hayan impugnado la tasación del bien que pretenden licitar, ni pierden el derecho por haber consentido la aprobación de la misma. Tal exigencia del art. 3467 no se reiteró en la nueva norma del art. 2372. La licitación ya no es sólo un medio de corregir un avalúo defectuoso, fijado por debajo de los valores del mercado. El bien puede haber sido tasa-

do correctamente de acuerdo a valores actuales del mercado. Basta que el licitante tenga interés en quedarse con el bien y ofrezca un valor superior al de la tasación, sin necesidad de explicar su motivación. La licitación conforme a la regulación del art. 2372, protege también valores afectivos. Se ha dicho que se funda en el valor de afección que representa para una persona la circunstancia de bienes que han pertenecido a la familia por muchos años (15), o que tienen alguna significación familiar especial.

La regulación de la licitación *no es de orden público* pues está prevista para contemplar el interés y la utilidad de los coherederos (16). Por lo tanto, proceden las siguientes observaciones:

a) No es necesario que el bien que se quiere licitar sea indivisible. La norma legal no exige esta condición. Si nadie objeta la petición, procede llevar a cabo el acto licitatorio, aun cuando el bien pueda ser partido sin inconvenientes. Ahora si alguno de los coherederos se opone a la licitación y exige la partición, y el bien permite su división entre los copartícipes sin afectar su utilidad económica (arts. 2375 y 2377), debe ceder la pretensión de licitar, pues prevalece el derecho de los herederos a dividir los bienes en especie (art. 2374, párr. 1º, Cód.Civ.yCom.), derivado de la idea directriz del derecho sucesorio de conservación del patrimonio hereditario, por razones económicas y afectivas, y del principio de igualdad o proporcionalidad de los lotes, que se refuerza y confirma con la partición *in natura* (17).

b) De acuerdo al texto del primer párrafo del art. 2372 parece que debe existir una pluralidad de bienes hereditarios, para ejercer el derecho a licitar “alguno” de ellos. Pero aunque exista un solo bien en el haber sucesorio, sería precedente la licitación (18), porque “si todos los

(14) En realidad, se requiere que previamente estén aprobadas las operaciones de inventario y avalúo, pues normalmente en la práctica se hacen simultáneamente, en forma conjunta (arts. 2341 y 2343 del Cód.Civ.yCom.).

(15) CASTRO, Máximo, “Licitación entre herederos”, RDP, Buenos Aires, n. 4, 1943-I-31.

(16) C2ºCC, La Plata, Sala II, 28/06/1957, LA LEY Rep. XIX-1288, n. 97.

(17) BORDA, Guillermo A., “Sucesiones”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, 9ª ed., t. I, ns. 578 y 610; ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), “Código Civil y Comercial. Tratado exegético”, ob. cit., t. XI, ps. 410/411; STEINAUER, Paul H., “Le droit des successions”, Stämpfli Editions SA, Berne, 2006, n. 1256.

(18) De acuerdo: CNCiv., Sala A, 28/06/1963, LA LEY 112-793, (9640-S). En contra, algunos fallos, erróneamente a nuestro criterio, entendían que debía existir pluralidad de bienes para que proceda la licitación, como

copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente”, art. 2369 Cód.Civ.yCom. (19). Por la misma razón, si la herencia está compuesta por varios bienes, se puede licitar más de uno, aunque superen el lote del licitante, si los coherederos no se oponen al acto, pues además no existe aquí orden público comprometido. Y por las mismas razones, aún se pueden licitar todos los bienes de la herencia., si todos los herederos presentes y capaces lo acuerdan por unanimidad (20). En tales casos el adjudicatario debe compensar a sus coherederos la parte proporcional del valor obtenido en la licitación, en la medida en que excede su porción hereditaria, y tal pago no constituye el pago de un precio, porque no hay compraventa, sino partición, porque la licitación importa partición y está sometida a su efecto declarativo y retroactivo, como lo veremos más adelante.

c) La norma legal no establece un límite cuantitativo para la oferta de licitación, como lo hace para el caso de la partición con saldo (art. 2377 Cód.Civ.yCom.). Por lo tanto, el licitante puede ofertar por el bien que tiene interés en quedarse, un valor incluso superior al de su lote, sin

ningún tope, pues el procedimiento beneficia a todos (21). Y eso no significa que en la proporción del valor excedente de su lote el adquirente esté comprando el bien a sus coherederos, pues en la licitación no hay comprador ni hay vendedores, sino un acto de partición con efecto declarativo y retroactivo, por lo cual se considera, como veremos más abajo, que el adjudicatario ha recibido el bien directamente del causante, y por el excedente de su hijuela debe una compensación de valores a sus copartícipes para completarles sus respectivas porciones hereditarias, considerándose también, por el efecto declarativo, que recibieron esos valores por sucesión del causante.

d) No procede el pedido de licitación después que los herederos por unanimidad han resuelto vender los bienes en subasta pública (22), o que la subasta pública haya sido resuelta por el Tribunal (23). Por consiguiente, aunque la mayoría de los herederos solicite la venta en pública subasta de un bien, bastará que uno de ellos pida la licitación para evitar que intervengan terceros (24), y esto por el principio de conservación del patrimonio hereditario para los herederos.

por ejemplo, CNCiv., Sala C, 21/06/1956, LA LEY 83-433, ídem, 20/12/1956, JA 1957-III-83; C2ªCC, Sala II, La Plata, 07/09/1962, LA LEY 108-771; C2ªCC Sala I, La Plata, 21/04/1953, LA LEY 70-516.

(19) De acuerdo: NATALE, Roberto M., “La reimplantación de la licitación”, RDF, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, julio 2013, n. 60, n. IV, p. 212; GOYENA COPELLO, Héctor R., “Tratado del derecho de sucesión”, ob. cit., t. III, ps. 585/586; FERRER, Francisco A. M. - GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban, “La licitación en el Código Civil y Comercial”, n. 5, *Rev. Der. de Familia y de las Personas*, agosto de 2016, ps. 173 y ss.

(20) De acuerdo: CC1ª Capital, 29/09/1947, LA LEY 48-406 y JA 1947-IV-48; NATALE, Roberto M., “La reimplantación de la licitación”, RDF, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, julio 2013, n. 60, n. IV, p. 216. Sin embargo, alguna jurisprudencia y doctrina del antiguo Código negaba la licitación de todos los bienes de la herencia: C2ªCC La Plata, 21/04/1953, LA LEY 70-516; C1ª Mercedes, 28/09/1943, LA LEY Rep. V-1186, n. 109; BORDA, Guillermo A., Nota, en LA LEY 102-1017/1018; COLOMBO, Leonardo A., “De la licitación en las sucesiones”, n. 1, LA LEY 91-997, argumentando que un heredero rico podría despojar de la herencia a sus coherederos y se desnaturalizaría su finalidad.

(21) De acuerdo: CNCiv., Sala A, 28/06/1963, LA LEY 112-793, n. 59 (9640-S); GOYENA COPELLO, Héctor R., “Tratado del derecho de sucesión”, ob. cit., t. III, p. 586. IGLESIAS Mariana, en IGLESIAS, Mariana – KRASNOW, Adriana, “Derecho de las familias y de las sucesiones”, ob. cit., p. 975. La misma solución del art. 3467 CCiv.: LAFAILLE, H., “Sucesiones”, ob. cit., t. I, n. 460; COLOMBO, Leonardo A., “De la licitación en las sucesiones”, LA LEY 91-997, n. 6.

(22) CCiv. 1ª Capital, 16/07/1941, LA LEY 23-643; C. Dolores, 20/05/12943, LA LEY Rep. V-1186, n. 110; C2ªCC, Sala II, La Plata, 05/08/1960, LA LEY 101-751; CNCiv., Sala E, 22/04/1960, LA LEY 101-983 (6025-S); COLOMBO, Leonardo A., “De la licitación en las sucesiones”, LA LEY 91-997, n. 17; ALSINA, Hugo, “Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial”, ob. cit., t. VI, p. 798; NATALE, Roberto M., “La reimplantación de la licitación”, RDF, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, julio 2013, n. 60, n. IV, p. 217.

(23) CNCiv., Sala A, 02/09/1965, LA LEY 120-598.

(24) CASTRO, Máximo, “Licitación entre herederos”, n. 4, RDP, Buenos Aires, 1943-I-31 y ss.

e) Cuando hay menores, no es procedente la licitación privada **(25)** (arg. art. 2369 Cód.Civ.yCom.), por lo tanto se deberá realizar en el marco del proceso sucesorio.

XI. Trámite

El art. 2372 Cód.Civ.yCom. no ha previsto el trámite que se debe imprimir al pedido de licitación. Queda librado, por lo tanto, a lo que organicen los jueces, mientras los Códigos procesales no contemplen el instituto **(26)**.

No parece idóneo el trámite de presentar un escrito conteniendo la oferta y correr traslado a las demás partes para que también mediante sus respectivos escritos acepten la propuesta o la mejoren **(27)**. Los traslados y nuevos traslados constituyen un trámite engorroso, insume tiempo y gastos. Y menos adecuado resulta presentar la oferta en un sobre cerrado que se reservará en Secretaría, corriéndose traslado a los demás para que también presenten su oferta del mismo modo, debiendo el juez al vencer el

plazo de treinta días abrir los sobres **(28)**, porque contradice la norma legal, la cual pretende que de entrada se sepa en qué medida la oferta supera el valor de la tasación para dar oportunidad a los otros a mejorar esa postura (1° párr. art. 2372). De lo contrario, si no conocen el monto de la oferta, ¿cómo podrían ejercer la facultad de superarla?

Por todo ello, nos parece que lo más práctico y sencillo es el procedimiento que predominó durante la vigencia del art. 3467 del antiguo Código, hasta que esa norma fue derogada por la ley 17.711 de 1968. Conforme a ese procedimiento, la licitación se resolvía en una *audiencia* **(29)**. El CPCC de la Provincia de Santa Fe, en coordinación con el art. 3467 del Cód. Civil, contemplaba en su art. 612 la realización de una audiencia para resolver el derecho a licitar ejercido por alguno de los coherederos **(30)**.

El art. 768 del Código de Procesal Civil de Paraguay también dispone expresamente que si alguno de los herederos pidiese la licitación, el juez citará a una audiencia a los herederos y al

(25) CNCiv., Sala A, 11/08/1965, LA LEY 121-673 (13.026-S).

(26) DI LELLA, Pedro: "Aproximación a las modificaciones más relevantes en materia de sucesiones que propone el Anteproyecto de Código Civil", JA, Número especial, 2012-III p. 91.

(27) Así lo propone Goyena Copello (GOYENA COPELLO, Héctor, "Tratado del derecho de sucesión", ob. cit., t. III, p. 585), pero es contradictorio porque en la página siguiente, 586, expresa que para evitar las dilaciones que generan los sucesivos traslados, "lo mejor procesalmente hablando sería la fijación de una audiencia a la que deberían concurrir los que están interesados en el bien".

(28) En este sentido: CASTRO, Máximo, "Licitación entre herederos", RDP, Buenos Aires, 1943-I-32, n. 3, p. 38 y n. 9, p. 51; IGLESIAS, Mariana, en IGLESIAS-KRASNOW, "Derecho de las familias y de las sucesiones", ob. cit., p. 974, que también plantea la alternativa de presentar el sobre abierto, y correr traslado a los demás coherederos, trámite inconveniente según sostenemos en el texto.

(29) C2ªCC, La Plata, Sala II, 27/10/1953, LA LEY 72-719; CNCiv., Sala D, 28/11/1960, LA LEY 103-788 (7028-S); CNCiv., Sala A 11/08/1965, LA LEY 121-673 (13.026-S); PARODY (h), Alberto, "Comentarios al Código de Ptos. en lo Civil y Comercial de la Prov. de Santa Fe", J. Lajouane Ed., Buenos Aires, 1912, t. II, ps. 224/225; LAFAILLE, Héctor, "Sucesiones", ob. cit., t. I, ns. 459/460; FORNIELES, Salvador, "Tratado de las sucesiones", ob. cit., t. I, n. 274-2; COLOMBO, Leonardo A., "De la licitación en las sucesiones", LA LEY 91-997, n. 15; ARIAS, José, "Derecho sucesorio", ob. cit., p. 502; ALSINA, Hugo, "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", ob. cit., t. VI, p. 798. En relación al nuevo Cód. Civ. y Com., también coinciden en el procedimiento de convocar a los copartícipes a una audiencia, en donde se produce la puja: CÓRDOBA, Marcos M., "Sucesiones", ob. cit., ps. 234/235.

(30) Reiteró la misma norma de los anteriores Códigos (arts. 442, Cód. de 1940, y 584/585 del Cód. de 1900), y el problema que planteó es que dispuso que el derecho a licitar se debía ejercer dentro del término de manifiesto de la partición, o sea una vez practicada la operación particionaria, y el Superior Tribunal de la Provincia por sentencia del 15/12/1942 declaró que estas normas procesales contradecían el art. 3467 CCiv. en cuanto autorizaban la licitación después de practicada la partición (La Ley 33-482). El art. 612 del CPCC vigente (del año 1962) ha recobrado actualidad al reimplantar la licitación el Código Civil y Comercial, en cuanto dispone la celebración de una audiencia, pero queda en discordancia por disponer que el derecho a licitar se debe ejercer en el plazo de manifiesto de la partición, párrafo que se debe considerar tácitamente derogado por el art. 2372 del Cód. Civ. y Com.

cónyuge y se licitarán los bienes entre quienes comparecieren y al mejor postor.

Conforme a este procedimiento, quien pretende licitar un bien de la herencia, debe presentar un escrito al juez del sucesorio manifestando su intención y el valor que ofrece por dicho bien, que debe superar el valor asignado en la tasación. Y esto lo debe hacer dentro de los treinta días de aprobado el avalúo de los bienes del acervo **(31)**. El juez convocará a los demás coherederos a una audiencia para tratar la oferta y dar oportunidad a los demás para superarla, ofertando un valor mayor, pues se impone respetar la regla de igualdad entre los coherederos. La audiencia se realiza con los que comparecieren al acto **(32)**, y es en este acto donde debe efectuarse la puja entre todos los coherederos que quieran quedarse con el bien objeto de la licitación. Las ventajas son evidentes en cuanto a rapidez y economía procesal, y a la posibilidad de que las ofertas se sucedan unas a otras, favoreciendo además el cambio de opiniones entre los concurrentes.

Si el heredero interesado presenta la oferta el último día del plazo para licitar, esta circunstancia no significa que los demás pierdan su derecho a mejorar dicha oferta. No surge de la norma legal y afectaría la igualdad de los copartícipes al privarlos del derecho a mejorar la oferta que les

atribuye el mismo art. 2372, párrafo 1°. Por ello cabe considerar que una vez provocada la puja por quien pide la licitación, y abierto el acto, todos los coherederos que hayan comparecido tendrán derecho a intervenir y pujar, mejorando la oferta, aún cuando ya se les haya vencido el plazo de treinta días **(33)**.

Consideramos que en esa puja el heredero que planteó la licitación podría mejorar su oferta, si se produce otra postura que haya superado la suya originaria, tal como ocurre en una subasta judicial, pues no hay motivo para efectuar tratamientos diferentes **(34)**.

El bien se adjudicará al mejor postor, y el Secretario/a del Juzgado levantará acta de todo lo actuado. La licitación, como operación preliminar de la partición, es definitiva en cuanto a la adjudicación del bien al heredero que dio el precio más alto, pero provisional en cuanto los valores deben subordinarse al reajuste que se deberá hacer en la cuenta particionaria **(35)**.

Al practicarse la partición el bien se imputará a la hijuela **(36)** del heredero que hizo la postura más alta por el valor obtenido en la puja, modificándose así la valuación del mismo (art. 2372, párr. 2°, Cód.Civ.yCom.), y reajustando en su caso los valores correspondientes a las demás hijuelas. Adjudicatario puede resultar tanto el

(31) En la práctica por lo común el inventario y avalúo se presentan conjuntamente, así que la resolución judicial aprobatoria se refiere a las dos operaciones.

(32) Art. 612, CPCC Santa Fe; COLOMBO, Leonardo A., "De la licitación en las sucesiones", LA LEY 91-997, n. 15. Los tribunales santafesinos correctamente disponían que la audiencia se debía fijar después de realizados el inventario y avalúo de los bienes, antes de la partición (CCC Rosario, Sala 1ª, 28/08/1956, Juris 10-176). En consecuencia, si bajo el nuevo CCC se presentan conjuntamente las tres operaciones de inventario, avalúo y partición, en el caso de que se haya designado un solo perito para las tres, como lo permite el vigente art. 603 del CPCC de Santa Fe, no resultaría posible la licitación. Por lo tanto, y como lo establecía la antigua jurisprudencia, creemos que el perito, a partir de la vigencia del nuevo Cód.Civ.yCom., deberá presentar en primer término las operaciones de inventario y avalúo, para que una vez aprobadas, los herederos gocen del plazo de treinta días a fin de que puedan ejercer el derecho a licitar, ajustándose así al art. 2372 Cód. Civ. y Com. (FERRER-NATALE, en PEYRANO, Jorge W. [dir.], "Explicaciones del CPCC de la Prov. de Santa Fe", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2016, t. III, ps. 393/394).

(33) De acuerdo: CÓRDOBA, Marcos M., "Sucesiones", ob. cit., ps. 234/235. En contra, IGLESIAS, Mariana, en IGLESIAS, Mariana - KRASNOW, Adriana, "Derechos de las familias y las sucesiones", ob. cit., p. 974, que sostiene la caducidad del derecho de los copartícipes a mejorar la oferta cuando venció el plazo de treinta días desde la aprobación de la tasación, caducidad que contradice el texto expreso de la norma.

(34) Para Pedro Di Lella la cuestión debe resolverla el juez ("Aproximación a las modificaciones más relevantes en materia de sucesiones que propone el Anteproyecto de Código Civil", JA, Número especial, 2012-III, n. XXIX).

(35) CCiv. 2ª Capital, 23/09/1941, LA LEY 24-361 y JA 76-319.

(36) Sobre la noción de hijuela, ver FERRER, Francisco A. M., "La hijuela de bajas y su cumplimiento", DJ ejemplar del 22/02/2012.

coheredero licitante que abrió el acto, como cualquiera de los otros que habiendo comparecido a la audiencia, intervino en la puja y ofreció el valor más alto.

Si el valor obtenido en la subasta excede la porción hereditaria del heredero al que se le atribuye el bien, el monto del exceso será la suma que debe a sus coherederos en carácter de compensación para cubrir proporcionalmente sus respectivos lotes (37). Es decir, el precio lo compensa hasta el valor de su porción, y si la supera, debe pagar en efectivo el excedente de su cuota, depositándolo en el juicio sucesorio a fin de pedir la posesión del bien licitado. Con la conformidad de los herederos, el licitante adjudicatario puede convenir con sus copartícipes la forma de pago, y tomar posesión del bien, cargando con los intereses del precio no abonado a partir del momento de la toma de posesión (38). Si no media posesión por el adjudicatario, las rentas del bien pertenecen a la masa hasta la partición (39).

XII. Carácter declarativo del instituto. Antecedentes y consecuencias

De acuerdo a la ley romana la partición por acto privado acordado por consenso de los herederos, era concebida como un contrato plurilateral traslativo de propiedad, por el cual los coherederos se hacían recíprocamente cesiones, permutas o ventas, y le asignaba efectos traslativos o atributivos, siendo los copartícipes causahabientes los unos respecto de los otros. La partición se consideraba, entonces, como un acto complejo de enajenaciones recíprocas de partes indivisas. Los herederos, por consiguiente, adquirirían los bienes adjudicados en parte por sucesión del causante y en parte

por las transferencias que les efectuaban sus comuneros de las partes indivisas que tenían sobre dichos bienes. Como carecía de efectos retroactivos, cada copartícipe recibía los bienes comprendidos en su lote con las hipotecas u otros derechos reales constituidos por los otros comuneros durante la indivisión. La partición judicial, a falta de acuerdo y a instancia de cualquiera de los herederos que ejercía la *actio familiae erciscundae*, también producía efectos traslativos y adquisitivos del dominio por medio de la *adjudicatio* que decretaba el juez, que igualmente podía disponer la *condemnatio*, obligando a transferir lo que sea necesario para concluir la división de las cosas comunes, pues cada una de las partes actuaban en el doble carácter de actor y demandado (40).

Bajo este sistema, durante el medioevo los señores feudales cobraban impuestos sobre esas transferencias, y además las hipotecas o derechos reales constituidos por un heredero sobre su parte indivisa durante la etapa de indivisión, eran oponible al coheredero que recibía en su lote este inmueble, es decir, lo recibían infectado, según se decía, lo cual podía abrir una fuente inagotable de perturbaciones y evicciones. A partir del siglo XVI la jurisprudencia francesa, apoyada por los juristas, reaccionó contra esa concepción y sus consecuencias, considerando que la partición es declarativa, es decir, que cada uno de los coherederos es considerado haber recibido por sucesión directamente del difunto los objetos comprendidos en su lote, y de no tener ningún derecho sobre los objetos comprendidos en los lotes de sus copartícipes. De este efecto declarativo y retroactivo se deriva que cada uno de ellos recibe los bienes libres de las hipotecas o derechos reales constituidos durante la indivisión por algunos de sus coherederos, y que quedan liberados del pago de

(37) CNCiv. Sala D, 10/03/1957, LA LEY 87-242/243; SEGOVIA, Lisandro, "Cód. Civil de la Rep. Argentina", ob. cit., t. II, nota 62 a su art. 3469, p. 492; DE GASPERI, Luis, "Tratado de derecho hereditario", Ed. TEA, Buenos Aires, 1953, t. II, n. 243, p. 238.

(38) CCiv. 2ª Capital, 23/09/1941, LA LEY 24-361 y JA 76-319.

(39) ALSINA, Hugo, "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", ob. cit., t. VI, p. 799.

(40) BIONDI, Biondo, "Istituzioni di diritto romano", Giuffrè Editore, Milano, 1972, parág. 178; GIRARD, Paul F., "Manuel élémentaire de droit romain", A. Rousseau Ed., París, 1901, 3ª ed., ps. 623/625 y 886; SOHM-MITTEIS, "Instituciones de derecho privado romano", trad. de W. ROCES, Ed. Rev. de Der. Privado, Madrid, 1936, 17ª ed., p. 411; DE PAGE-DEKKERS, "Traité de droit civil belge", Bruylant, Bruxelles, 1974, 2ª ed., t. IX, n. 1374.

los derechos señoriales, desde que no existen transferencias entre los comuneros (41).

Con la licitación, el tema fue más discutido desde el derecho fiscal. Pues aquí se atribuye a uno de los coherederos mediante el pago de un precio, la totalidad de un bien sucesorio, en el cual aquel no tenía más que una parte. Y no obstante que la Costumbre de París de 1580 determinó que en este caso no había venta (art. 80), la cuestión fue debatida hasta el siglo XVIII, época en que finalmente la jurisprudencia consolidó la doctrina de que la licitación en la que resulta adjudicatario un heredero no es una venta, sino una operación de partición, un acto disolutivo de comunidad (42), afirmándose que la licitación “vale partición” (43).

Es decir, la licitación importa una partición porque es un medio de dividir para poner fin a la indivisión sobre un bien hereditario determinado. Y en la medida en que el bien licitado es parte de la indivisión, la licitación vale como partición parcial y está sometida al efecto declarativo (44).

Asimismo, y tal cual ocurre en la partición, el bien que se le adjudicó al heredero por licitación, aunque su valor exceda el monto de su cuota hereditaria, se considera que lo recibió íntegramente del causante, y que el valor excedente que debe pagar a sus coherederos no es el pago de un precio de compra, sino una compensación que les debe pagar para cubrir

sus respectivas porciones, por lo que Pothier lo consideraba un “retorno de partición”, concluyendo que el adquirente no adquiere nada de sus copartícipes, y éstos tampoco le han vendido nada. La licitación, concluía, tiene la misma naturaleza y efectos declarativos y retroactivos que la partición (45).

El art. 883 del Código Civil francés consagró esta doctrina: “Cada coheredero es considerado haber sucedido solo e inmediatamente en todos los efectos comprendidos en su lote, o a él atribuidos por licitación, y no haber tenido jamás la propiedad de los otros efectos de la sucesión”. Destacados comentaristas franceses interpretaron que el efecto declarativo de la partición establecido por el citado artículo, es aplicable a todo acto, que sin ser partición propiamente dicha, tenga el efecto de hacer cesar definitivamente la indivisión entre todos los comuneros, cualquiera sea su forma y calificación: transacción, venta o permuta a un comunero, etc., sean relativos a la universalidad hereditaria misma, en todo o en parte, o a uno o a varios objetos de dicha universalidad. Tal era la antigua jurisprudencia y doctrina de los autores, sostuvieron, que el legislador entendió seguir en esta norma (46).

La asimilación de tales actos al efecto declarativo de la partición, ha sido consagrada expresamente en el segundo párrafo del art. 883 del Código francés por la reforma de 1976, y constituye la fuente del segundo párrafo del art. 2403 del nuevo Código Civil y Comercial.

(41) Sobre esta evolución, entre otros: LAURENT, F., “Principes de droit civil”, Bruselas-París, 1878, 3ª ed., t. X, ns. 393/396; LE SELLYER, Achille F., “Commentaire historique et pratique sur le titre des successions”, t. III, ns. 1787/1790; BAUDRY LACANTINERIE-WAHL, “Traité théorique et pratique de droit civil. Des successions”, Librairie de la Société des Recueil des Lois et des Arrêts, París, 1899, 2ª ed., t. III, ns. 3272/3276; PLANIOL, M., “Traité élémentaire de droit civil”, LGDJ, París, 1927, 10ª ed., t. III, ns. 2367/2377. DE PAGE-DEKKERS, “Traité de droit civil belge”, ob. cit., t. IX, ns. 1373/1375.

(42) POTHIER, R., “Oeuvres, anotées par M. Bugnet”, París, 1861, 2ª ed., t. 3, n. 638, p. 255; MALAURIE, P. – BRENNER, C., “Les successions, les libéralités”, LGDJ, París, 2014, 6ª ed., ns. 831, 989 y 992.

(43) PLANIOL, M., “Traité élémentaire de droit civil”, LGDJ, París, 1927, 10ª ed., t. III, n. 2383; MAZEAUD – CHABAS, “Leçons de droit civil. Successions-Libéralités”, Ed. Montchrestien, París, 1999, 5ª ed., n. 1762. Sobre la evolución para llegar a este concepto de la licitación, véase DEMOLOMBE, C., “Cours de Code Napoléon”, París, 1880, t. XVII, n. 257/259.

(44) MALAURIE, P. – BRENNER, C., “Les successions, les libéralités”, LGDJ, París, 2014, 6ª ed., n. 992; TERRE – LEQUETTE – GAUDEMET, “Droit civil. Les successions, les libéralités”, Dalloz, París, 2013, 4ª ed., ns. 1159 y 1160.

(45) POTHIER, R., “Oeuvres”, ob. cit., t. 3, ns. 638/641, ps. 256/257; t. 7, n. 145 y 713, y t. 8, cap. IV, Arts. IV y V, ps. 183/189,

(46) DEMOLOMBE, C., “Cours de Code Napoléon”, ob. cit., t. XVII, n. 268; MARCADE, V., “Explication du Code Napoléon”, Delamotte et fils ed., París, 1869, 6ª ed., t. 3, n. 414, ps. 294/295.

De todo lo cual se concluye que en nuestro derecho la atribución de un bien a un coheredero por licitación está sujeta a todo el régimen de la partición y por lo tanto, a su efecto declarativo y retroactivo, por lo cual, y siendo una operación particionaria, se considera que el coheredero que hizo la postura más alta y se le adjudicó el bien, lo adquirió directamente y por el todo del causante (47). Esto resulta de la ubicación del art. 2372 en el capítulo sobre los “Modos de hacer la partición”, y por aplicación de lo dispuesto en el 2º párrafo del art. 2403 del Cód.Civ.yCom.: “Igual solución –carácter declarativo de la partición- se entiende respecto de los bienes atribuidos por cualquier otro acto que ha tenido por efecto hacer cesar la indivisión totalmente, o de manera parcial sólo respecto a ciertos bienes o a ciertos herederos”.

Por consiguiente, y no siendo la licitación una compraventa, el coheredero o comunero que ofertó el mayor valor por el bien objeto de la licitación, excediendo el límite de su porción hereditaria, no adquiere ese excedente a título de compra, sino que, por virtud del efecto declarativo de la partición, recibe todo el bien por el modo sucesión, es decir, directamente del causante. Por ello, el saldo que deba pagar por el excedente de su cuota hereditaria no debe considerarse precio, sino compensación a favor de sus copartícipes para cubrir o completar sus lotes y efectivizar el principio de igualdad en la partición (48).

El pago de esta compensación constituye, entonces, un “retorno de partición”, según explicaba Pothier (49). Todo el bien se considera íntegramente adquirido por sucesión, y no parcialmente por compra; igualmente, el dinero que ingresa en el lote de los copartícipes se reputa, junto con todo lo que les atribuyen en sus lotes, que lo han recibido directamente del causante. De todo lo cual se deduce que en la licitación no hay comprador porque no hay vendedor (50), y esto por el efecto declarativo que se asigna a los bienes adjudicados por licitación.

Y en virtud de la caracterización de la licitación como operación de partición con efecto declarativo, resulta coherente la decisión del legislador del Cód.Civ.yCom. de no reiterar la restricción que imponían el Anteproyecto de 1954 (art. 742) y Proyecto de 1998 (art. 2325) en el sentido de que el coheredero no podía hacer ofertas que superen el haber de su hijuela. Y además se explica que la licitación del único bien de la herencia, no sea una compraventa, sino una operación particionaria.

Como ya señalamos en el n° 7, si el padre y su hijo, o el tutor y su pupilo son coherederos, podrán licitar un bien sucesorio sin que rija para ellos la prohibición de comprar bienes del menor (arts. 689. 2º párr., y 120, Cód.Civ.yCom.), porque tanto el padre como el tutor nada adquieren de su hijo o pupilo, pues por el efecto declara-

(47) Siguen vigentes, por lo tanto, la doctrina y jurisprudencia anterior con respecto al art. 3467 del antiguo Código, pues la concepción de la licitación como un modo de partición con efecto declarativo que consagra, no ha variado en el nuevo art. 2372. Al respecto, ver: CCiv. 2ª Capital, 23/09/1941, LA LEY 24-361 y JA 76-319; SCBA, LA LEY 94-174 y JA 1958-IV-452; CNCiv., Sala D, 19/03/1957, LA LEY 87-242/243; SEGOVIA, Lisandro, “El Cód. Civil de la Rep. Argentina”, ob. cit., coment. art. 3469, de su numeración, nota 62, p. 492; LLERENA, Baldomero, “Concordancias y comentarios del Cód. Civil argentino”, Buenos Aires, 1931, 3ª ed., t. VII, p. 510/512; ARIAS, José, “Derecho sucesorio”, Ed. Kraft, Buenos Aires, 1950, 2ª ed., p. 505, n. 6; DE GASPERI, Luis, *Tratado de derecho hereditario*, ob. cit., t. II, n° 243, p. 238; FORNIELES, S., “Tratado de las sucesiones”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1958, 4ª ed., t. I, ns. 274-6; RIVAROLA, Alfredo, “La licitación en la partición y en el condominio”, JA 75-Sec. Doc. p. 105, n. V; COLOMBO, Leonardo A., “De la licitación en las sucesiones”, ns. 3 y 6, LA LEY 91-997; Natale, Roberto M., “La reimplantación de la licitación”, RDF, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, julio 2013, n. 60, p. 219.

(48) MALAURIE, P. - BRENNER, C., “Les successions, les libéralités”, LGDJ, París, 2014, 6ª ed., n. 992; VAZ FERREYRA, Eduardo, “Tratado de las sucesiones”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, t. 6-1, n. 677, p. 155; COLOMBO, Leonardo A., “De la licitación en las sucesiones”, LA LEY 91-997, ns. 3 y 6; RIVAROLA, Alfredo C., “La licitación en la partición y en el condominio”, JA 75-Sec. Doc. 105, n. V; nuestro trabajo “Partición hereditaria: noción y alcances de su efecto declarativo”, en RCCC, Ed. La Ley, febrero de 2017, ps. 181 y ss.

(49) POTHIER, R., “Oeuvres”, ob. cit., tomos y lugares citados anteriormente; RAYNAUD, Pierre, “Les successions et les libéralités”, Sirey, París, 1983, n. 819; GRIMALDI, M., “Droit civil. Successions”, Litec, París, 1989, n. 915.

(50) CICU, A., “Derecho de las sucesiones”, ob. cit., n. 144, ps. 736/737; NATALE, Roberto M., “La reimplantación de la licitación”, RDF, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, julio 2013, n. 60, ps. 213/215.

tivo de la licitación, adquieren el bien directamente del causante. Aunque, sin duda, en tal acto el menor debería estar representado por un tutor especial.

Asimismo, por el efecto declarativo de la licitación, los coherederos se deben la garantía de evicción en los términos de los arts. 2404/2405 Cód.Civ.yCom. (51).

Derivaciones del principio de acceso al consumo sustentable en las relaciones de consumo

Por Carlos A. Hernández y Sandra A. Frustagli (*)

SUMARIO:

I. El principio de acceso al consumo sustentable desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho. El diálogo entre el Derecho Ambiental y el Derecho del Consumidor.– II. El plurijuridismo en la tutela del ambiente y del consumidor.– III. Recepción del principio de acceso al consumo sustentable en el Derecho argentino. Incidencia sobre las políticas públicas.– IV. Proyecciones del consumo sustentable en el ámbito del Derecho Privado.

I. El principio de acceso al consumo sustentable desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho. El diálogo entre el Derecho Ambiental y el Derecho del Consumidor

Como bien se ha afirmado entre nosotros, “*El consumo sustentable implica la protección del*

medio ambiente como imperativo, en el marco del Derecho del Consumidor” (1).

De ese modo, se afirma como un eje transversal que cruza a esas dos ramas del mundo jurídico (2), las cuales a su vez impactan resquebrajando las clásicas diferencias existentes entre el “Derecho Público” y el “Derecho Privado”. En

(51) De acuerdo DE GASPERI, Luis, “Tratado de derecho hereditario”, ob. cit., t. I, n. 243, p. 238; COLOMBO, Leonardo A., “De la licitación en las sucesiones”, n. 8, LA LEY 91-997.

(*) Los autores han sido designados como co-presidente y vicepresidenta, respectivamente, de la Comisión N° 6 “Derecho del Consumidor. Consumo sustentable”, de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

(1) STIGLITZ, Gabriel, “El principio de acceso al consumo sustentable”, en *Tratado de Derecho del Consumidor*, Gabriel STIGLITZ – HERNÁNDEZ, Carlos A., (Directores), Ed. Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 321.

(2) En nuestro parecer, la cuestión se inscribe en un requerimiento más general de dar respuestas a los desafíos que generan los cambios económico-sociales y el impacto de la tecnología, lo que paulatinamente se expresa en nuevas áreas que amplían los horizontes tradicionales. CIURO CALDANI, Miguel A., “Necesidad de un complejo de ramas del mundo jurídico para un nuevo tiempo”, en *Investigación y Docencia*, http://www.centrodefilosofia.org.ar/lyD/iyd40_11.pdf. El autor ha propuesto, entre ellas, “...el Derecho de la Salud y el Bioderecho, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación,

tal sentido, se recuerda que ese acortamiento obliga al “Derecho Privado” tomar especialmente en cuenta algunas perspectivas públicas, que permiten captar con mayor adecuación los diferentes intereses en juego (3). Se acrecienta así una visión interdisciplinaria dentro del propio saber jurídico, que busca comprender a los nuevos problemas en su verdadera dimensión, precisando sus puntos de contacto y sus diferencias con fenómenos contiguos o conexos, captados por todas las ramas del ordenamiento (4), e incluso con otros saberes científicos.

La expansión del capitalismo como modelo económico dominante se afianzó con el desarrollo extremo del consumo toda vez que la cultura del consumismo se volvió indispensable para su sostenimiento.

En el plano jurídico, esto dio origen en la postmodernidad al Derecho del consumidor como respuesta jurídica a la necesidad de tutelar a ese nuevo sujeto débil que resultaba consecuencia del mismo sistema económico. Contemporáneamente, el Derecho Ambiental surgió –según una perspectiva filosófica– como un despliegue –sabio– del sistema capitalista orientado a la preservación de los recursos naturales (5).

El origen común de ambas ramas, nacidas en respuesta a problemáticas derivadas de los excesos y desviaciones de un sistema económico que ha sobredimensionado la utilidad, refleja los vínculos intrínsecos existentes entre consumo y

ambiente. Relaciones que no solo dan cuenta del impacto nocivo ejercido por los patrones irracionales de consumo sobre los recursos naturales (consumismo), sino que también muestra cómo el diálogo entre ambas disciplinas hace posible corregirlos en perspectiva de sustentabilidad y en pos de asegurar la calidad de vida y la conservación de recursos no renovables.

Es por ello que la doctrina nacional ha señalado los puntos de conexión y coincidencias entre consumidor y medio ambiente, amenazados ambos por el sistema económico de producción masiva y explotación irracional de los recursos naturales (6). No sorprende que se inscriban en la lógica de la tutela de los intereses colectivos, lo que hace que la dimensión colectiva de ambas disciplinas constituya una cuestión central de consideración, que exige instrumentos acordes, como el de las acciones colectivas.

II. El plurijuridismo en la tutela del ambiente y del consumidor

El ambiente, la biodiversidad y la tutela del consumidor se ven expuestas a una pluralidad de fuentes que convergen sobre ellas.

Aunque ese pluralismo o plurijuridismo guarda una estrecha relación con la problemática de las “fuentes del derecho”, el tema desborda sus fronteras, constituyéndose en una nota sobresaliente del Derecho de la postmodernidad;

el Derecho de la Ancianidad, el Derecho Universal (abarcativo de la proyección planetaria de lo jurídico) y el Derecho de la Cultura en General”.

(3) LORENZETTI, Ricardo L., “Las normas fundamentales de derecho privado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, ps. 177 y ss.

(4) CIURO CALDANI, Miguel Á. – ARIZA, Ariel – CHAUMET, Mario – HERNÁNDEZ, Carlos A. – MENICOCCHI, Alejandro A. – SOTO, Alfredo M. – STÄHLI, Jorge, “Las ramas del mundo jurídico en la teoría general del derecho”, ED150, ps. 859 y ss.

(5) CIURO CALDANI, Miguel Á., “Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y del usuario (Aportes a la filosofía del Derecho Privado)”, en ED 159, ps. 1022 y ss.

(6) LORENZETTI, Ricardo L., “Tratado de los contratos. Parte General”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, ps. 108 y ss.; STIGLITZ, Gabriel, “La defensa del consumidor en Argentina. 30 años de Derecho sin Políticas”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, t. I, p. 62; y “El principio de acceso al consumo sustentable”, en Tratado de Derecho del Consumidor, ob. cit., p. 317; y SOZZO, C. Gonzalo, “Consumo digno y verde: humanización y ambientalización del Derecho del Consumidor (sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)”, RDPyC, 2010-3, ps. 155 y ss. En el Derecho Comparado, la bibliografía es profusa. En Brasil, por ejemplo, Antonio BENJAMIN es uno de sus principales exponentes. Al respecto ver su trabajo “Direito do Consumidor. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor”, *Revista dos Tribunais*, nro. 8, San Pablo, 1993, p. 198.

ello explica el interés que despierta, y que se expresa en diferentes estudios, monografías e investigaciones –generalmente muy recientes–, encarados desde la Sociología y la Filosofía del derecho, el Derecho Internacional Privado y el Derecho Civil (7). Una de las manifestaciones de ese “plurijuridismo” se reconoce a través de la coexistencia de ordenamientos normativos “generales” (Códigos) y “especiales” (leyes micro-sistémicas), que pugnan por delimitar sus campos de actuación. El “plurijuridismo” obra aquí como un emergente de los intereses sociales que reclaman protección (8).

Es interesante observar de qué modo la situación descrita se verifica frente al diálogo entre el Derecho Ambiental y el Derecho del Consumidor. Sobre el particular, observamos que:

II.1. Constitución Nacional, ambiente y protección del consumidor

La Constitución Nacional, luego de la reforma de 1994, explicita dos cláusulas específicas, una sobre el ambiente y otra sobre la protección de los consumidores y usuarios, no casualmente contiguas.

Por la primera (art. 41 CN) se afirma que “*las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales*”. De este modo se ha consagrado una concepción amplia del “ambiente” y de su “tutela jurídica-

ca”, comprendiendo al ambiente natural (aire, agua, flora, fauna, suelo) y artificial, dentro del cual se distingue al construido por el hombre, del social, proveniente de los sistemas políticos, culturales, económicos y sociales. Por esa razón, parece adecuado vincular a la citada cláusula con lo dispuesto en el art. 75, inc. 17, en cuanto reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano y la participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten (9).

A través de la segunda (art. 42 CN), no sólo se explicitan los derechos fundamentales de los consumidores y usuarios, sino también actúa como un mandato de actuación para los poderes públicos y un criterio hermenéutico para la afirmación del principio protectorio (10).

II.2. Código Civil y Comercial, tutela del ambiente y del consumidor

El Código Civil y Comercial de la Nación, cumpliendo el mandato constitucional, ha explicitado una pluralidad de principios y reglas que contribuyen a la afirmación de esos derechos. Sólo a modo introductorio, reseñamos aquí las relativas a la tutela de los derechos individuales y de incidencia colectiva y sus límites (art. 14 *in*

(7) CIURO CALDANI, Miguel A., “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Consejo de Investigaciones Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1976 y “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en Investigación y Docencia nro. 32, Año 1999, ps. 38, 40; JAYME, Erik, “La sociedad multicultural y el Derecho Privado. La experiencia alemana”, Centro de Estudios e Investigación en Derecho Comparado y Extranjero, 1999; NICOLAU, Noemí L., “Las fuentes de las normas y la conflictividad del plurijuridismo desde la perspectiva del Derecho Civil actual”, en Libro Homenaje al Dr. Benjamín Pablo Piñón, Editorial Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2004, ps. 207 y ss., y “El derecho contractual frente al plurijuridismo, la integración y la globalización”, en El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, obra colectiva dirigida por Atilio ALTERINI y Noemí NICOLAU y coordinada por Carlos A. HERNÁNDEZ, Ed. La Ley, 2005, ps. 423 y ss.

(8) Por ello, Natalino IRTI, en su célebre obra “La edad de la descodificación”, habla de una edad de ‘particularismo legislativo’, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 97.

(9) HERNÁNDEZ, Carlos A., “Ambiente, biodiversidad y contrato. Reflexiones sobre el régimen jurídico argentino”, RDAMB., Ed. Abeledo Perrot, 2016, nro. 47 (julio-setiembre 2016, ps. 127 y ss.

(10) STIGLITZ, Gabriel, “La constitucionalización del Derecho del Consumidor. La experiencia argentina”, en *Tratado de Derecho del Consumidor*, ob. cit., t. I, p. 227 y ss.

fine y art. 240); la recepción de la categoría del consumidor (arts. 1092 y ss.), reglamentando los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución nacional; la tipificación del principio de acceso al consumo sustentable (art. 1094, primer párrafo); la tutela preventiva en materia contractual y resarcitoria (arts. 1031, 1032, 1708, 1710, 1711, 1712 y 1713); la responsabilidad por el hecho de las cosas y actividades riesgosas (art. 1757; las inmisiones (art. 1973), entre otras (11).

II.3. El orden público emergente de las leyes especiales sobre ambiente y consumo

Las leyes especiales cumplen también un rol destacado. Así, la ley 25.675 sobre “Política ambiental nacional”, establece “...los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable” (art. 1º). La misma se integra junto a muchas otras, tales como, la ley 25.018 de gestión de residuos radiactivos; ley 25.612 sobre gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios; ley 25.670 de presupuestos mínimos para la gestión y eliminación de los PCBs; ley 25.688 relativa al régimen de gestión ambiental de aguas; ley 25.831 referida al régimen de libre acceso a la información pública ambiental; ley 25.916 de gestión integral de residuos domiciliarios; ley 26.331 de protección ambiental de los bosques nativos; ley 26.562 de presupuestos mínimos de protección ambiental para el control de actividades de quema; ley 26.639 para la preservación de los glaciares y del ambiente periglacial, y la ley 26.815 que crea el sistema federal de manejo del fuego. Todas ellas constituyen los presupuestos mínimos sobre la que se debe operar para el resguardo del ambiente y la biodiversidad, expresando así un régimen de orden público.

De modo concordante la ley 24.240, con los ajustes emergentes del Cód.Civ.yCom. de la Nación mantiene su plena vigencia, y se articula en el subsistema de tutela del consumidor, a través de un diálogo de fuentes que persigue como norte axiológico la afirmación del principio protectorio (12).

Desde la irrupción del Cód.Civ.yCom. de la Nación, la pluralidad normativa antes indicada, presenta menores niveles de tensión ya que – como bien se ha recordado en los fundamentos que acompañaran al Proyecto respectivo– el mismo “...innova profundamente al receptor la constitucionalización del Derecho privado, y establecer 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” (13). Los arts. 1º y 2º del Código unificado son instrumentos puestos a ese servicio.

III. Recepción del principio de acceso al consumo sustentable en el Derecho argentino. Incidencia sobre las políticas públicas

En el contexto antes descripto se sitúa y debe comprenderse al principio de acceso al consumo sustentable. Al respecto se recuerda que la ley 24.240 aceptó dicho principio, y ahora, el Cód. Civ.yCom. ha mejorado su encuadre metodológico, desde que lo explicita en el art. 1094, en

(11) CAFFERATTA, Néstor A., “La cuestión ambiental en el Código Civil y Comercial”, RCyS, Año XVII, nro. 4 (Abril de 2015), p. 304; y GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “Los derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial (art. 14)”, en *Revista de la Facultad –UNC–* (2015–1), cita Online: AR/DOC/1648/2015.

(12) LIMA MARQUES, Claudia, “La defensa del consumidor. Diálogo de fuentes”, en *Tratado de Derecho del Consumidor*, ob. cit., t. I, ps. 144 y ss.

(13) Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Infojus, Buenos Aires, 2012, p. 523.

Derivaciones del principio de acceso al consumo sustentable...

directa relación con el “principio de protección al consumidor”. El criterio seguido es ponderable, desde que no se concibe uno sin el otro, ya que no podría predicarse una tutela absoluta o irrestricta del consumidor sin riesgo de desquiciar el ambiente y violentar el pacto intergeneracional (14), del mismo modo que resulta innegable que el resguardo del ambiente, la biodiversidad y el hábitat, contribuyen al mejoramiento de la calidad de vida individual y social.

Al abordar la idea de consumo sustentable, es habitual poner el acento en su actuación como pauta rectora del diseño de políticas públicas que desde el Estado se orienten a la educación y concientización del consumidor a fin de promover hábitos de consumo compatibles con la preservación del medio ambiente (15).

Muestra de ello es la modificación que la ley 23.361 introdujo en el art. 43, inc. a), de la ley 24.240, al facultar a la autoridad de aplicación a “*elaborar políticas tendientes a la defensa del consumidor o usuario a favor de un consumo sustentable con protección del medio ambiente*”. Ese agregado, remonta sus antecedentes a los lineamientos adoptados en el plano internacional, donde cobró fuerza la idea de consumo sustentable, en especial en la ampliación de las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor del año 1999 (16), donde se explicita la promoción de modalidades sostenibles de consumo, y se lo define diciendo que, “*Consumo sostenible significa que las necesidades de bienes y servicios de las generaciones presentes y futuras se satisfacen de modo tal que puedan sustentarse desde el punto de vista económico, social y ambiental*”.

Precisando esa idea, se señala que las definiciones sobre consumo sustentable coinciden en mencionar aspectos tales como: satisfacer las necesidades humanas; favorecer una buena calidad de vida mediante estándares de vida digna; actuar tomando en cuenta las generaciones futuras; considerar el impacto de los productos que se consumen lo largo del ciclo de vida; minimizar el uso de los recursos, la generación de residuos y la contaminación (17).

En definitiva, esos aspectos confluyen en la necesidad de un consumo crítico y basado en pautas éticas, donde el consumidor obra movido por el interés en las condiciones ecológicas de obtención de un producto.

IV. Proyecciones del consumo sustentable en el ámbito del Derecho Privado

Desde el Derecho Privado, el reconocimiento del acceso al consumo sustentable, incorporado como principio jurídico, viene a establecer la línea directriz que servirá de fundamento a la articulación del diálogo entre el Derecho Ambiental y el Derecho del Consumidor.

La recepción del principio de consumo sustentable exige, entre sus diversos despliegues, atender a la protección del medio ambiente desde las normas del Derecho del Consumidor (18). Sin embargo, confiar que esto pueda lograrse sólo con la generación de hábitos de consumo ecológico en el consumidor a través de la implementación de políticas públicas, no parece razonable en términos de eficacia. A pesar de la relevancia que las políticas públicas y la educación al consumidor adquieren en miras la concientización ecológica, no son menos significativos los aportes que pueden hacerse desde el ámbito

(14) El art. 4º de la ley 25.675 alude expresamente al principio de equidad intergeneracional, afirmando que “Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras”.

(15) GHERSI, Carlos A., “Consumo sustentable y medio ambiente”, LA LEY 2000-A-1142.

(16) GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Lorena, “La sustentabilidad y el consumo”, en PICASO, Sebastián y VAZQUEZ FERREYRA, Roberto (Directores), *Ley de Defensa del Consumidor, Comentada y anotada*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. III, p. 133; BIANCHI, Lorena; “El consumo sustentable como un principio de la política de defensa del consumidor en la argentina, su manifestación en las provincias y municipios argentinos”, consultado en <http://web10.unl.edu.ar:8080/colecciones/handle/123456789/8231>.

(17) CAFFERATTA, Néstor A., “Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación”, ob. cit., p. 273.

(18) STIGLITZ, Gabriel, “El principio de acceso al consumo sustentable”, en *Tratado de Derecho del Consumidor*, ob. cit., p. 321.

del Derecho Privado a través de la función hermenéutica e integradora y la fuerza jurigenética que los principios generales del Derecho cumplen al interior del ordenamiento.

Sobre el particular se destaca que el Cód.Civ.yCom. de la Nación, se caracteriza por jerarquizar a los principios generales del derecho, lo que evita una multiplicación de reglas innecesarias **(19)**. Aunque su ubicación comienza adecuadamente en el Título Preliminar, ellos luego se proyectan sobre cada una de las áreas o ramas especiales **(20)**.

De ahí que, ya desde un plano dogmático, cabe interrogarse sobre los alcances y consecuencias concretas que resulta factible deducir de la positivización del “principio de acceso al consumo sustentable” en las relaciones de consumo, de manera de concretar su actuación sea para la protección de los intereses individuales o colectivos.

IV.1. El reconocimiento del derecho de acceso al consumo

Resulta sugerente que el art. 1094 del Cód.Civ.yCom. de la Nación aluda al principio de “acceso al consumo sustentable”. La referencia normativa parece encaminada a dos cuestiones,

la del “acceso al consumo”, y la del “consumo sustentable”, partiendo de la premisa axiológica que no se trata de problemáticas desvinculadas, sino antes bien, especialmente integradas.

El “acceso al consumo” constituye un eje estratégico del Derecho del Consumidor. La estrategia jurídica supone reconocer en plenitud la realidad social, normativa y axiológica de la que se parte y a la cual se pretende llegar, y cómo se ha de recorrer el camino para lograrlo **(21)**. Pensamos que luego de sucesivas reformas de la ley 24.240, el Cód.Civ.yCom. de la Nación ha logrado conformar un subsistema de defensa del consumidor, del que pueden extraerse como líneas estratégicas, la correcta delimitación de su ámbito de actuación, recepcionando la figura del consumidor expuesto en el ámbito de la información, la publicidad, la seguridad y las prácticas abusivas a fin de procurar un desarrollo razonable del mercado, junto al fortalecimiento de dichos institutos; el señalamiento de principios propios de la disciplina –de protección del consumidor y acceso al consumo sustentable–; y la integración con otras ramas especiales –v.gr. contratos y responsabilidad civil–, en gran medida a partir de sus “teorías generales”. Subyace así, el propósito último de atender al consumidor en su calidad de “persona”, resguardando su “dignidad” **(22)**, a cuyo

(19) Al respecto se ha dicho con acierto que “...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”; LORENZETTI, Ricardo L., “Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación”, LA LEY 2014-E-1243.

(20) Así, por ejemplo, la buena fe (art.9) y el abuso de derecho (art. 10) se constituyen en fundamento de instituciones tipificadas en el nuevo régimen, o en límites al ejercicio de los derechos. En el primer grupo, la buena fe objetiva –lealtad o probidad– informa al iter contractual (art. 961); a los deberes precontractuales (arts. 991 y 992); a la suspensión del contrato (art. 1031); y a su tutela preventiva (art. 1032). La buena fe subjetiva sustenta la obligatoriedad de la oferta (art. 974), y la interpretación conforme al principio de confianza (art. 1067). El abuso de derecho opera sobre la configuración del incumplimiento como presupuesto de la resolución por incumplimiento (art. 1084 y 1088). En los contratos de consumo, la buena fe objetiva es el soporte último del deber de información y del criterio de fijación de competencia en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia (art. 1109); en tanto, el abuso del derecho, se reconoce en ocasión de las prácticas abusivas (arts. 1096 y ss.); en la publicidad abusiva [art. 1101, inc. c)]; y en la situación jurídica abusiva (art. 1120), entre otras figuras.

(21) CIURO CALDANI, Miguel A., “Estrategia jurídica”, UNR Editoria, Rosario, 2011.

(22) Así mientras el art. 51 del Cód.Civ.yCom. dice que “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”, de modo coherente el art. 1097 afirma que “Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias”.

Derivaciones del principio de acceso al consumo sustentable...

servicio se fortalece el régimen de orden público (23).

Sin embargo, una auténtica efectividad del Derecho del Consumidor exige –además de lo dicho y de contar con instrumentos procesales coherentes con esos propósitos– asegurar el acceso al consumo de bienes esenciales o primarios de los habitantes de nuestro país, en miras de afianzar su calidad de vida. En esta perspectiva se centra buena parte del debate sobre la afirmación concreta de los derechos humanos, el que no puede ser desvinculado del Derecho del Consumidor, a riesgo de limitar inaceptablemente sus fronteras a quienes disponen de recursos económicos.

Sobre el particular, no debe olvidarse que, con acierto, el miembro informante en la Convención Constituyente de 1994 del actual art. 42 de la CN, recordaba que *“En forma implícita, pero en base a una armónica construcción conceptual, el texto sancionado reconoce el derecho primario del libre acceso al consumo de todos los habitantes. Todos tienen garantizados el libre ingreso al consumo de bienes y de servicios en la participación de toda la sociedad en el mercado”* (24). Acceder a los bienes primarios –alimentos, salud, educación, etc.–, constituyen exigencias que resultan de diferentes Tratados de Derechos Humanos (25).

El derecho de acceso al consumo tiene así vigencia como derecho humano, y es admitida por la doctrina como cuestión primaria, sin el cual los otros derechos resultan ilusorios, toda vez que determinados sectores de la población se verían marginados del mercado (26). El tema entronca con la profundización de la tutela frente a sujetos hipervulnerables (27), fijando parte de la agenda futura del Derecho del Consumidor, ahora signada por su relación con el Derecho Ambiental.

En síntesis, y como lo insinuamos supra, nos parece que hablar de “principio de acceso al consumo sustentable” lleva a reconocer el derecho del consumidor al “acceso al consumo”.

IV.2. Consumo sustentable y función interpretativa

Los despliegues hermenéuticos del principio de acceso al consumo sustentable actúan en orden a la valoración del carácter abusivo de la publicidad. Aunque ello no está contemplado de manera expresa en el art. 1101, inc. c) del Cód.Civ. yCom., su redacción enunciativa debe ser interpretada a la luz de los valores constitucionales, entre los cuales figura el ambiente. Se suma en esa mirada integradora, las prescripciones de la

(23) La CSJN ha dictado recientemente importantes precedentes que van en esa dirección. Así ha dicho que: *“...no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad”* –consid. 33 in fine– (autos, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s. Amparo colectivo”, 18/08/2016; RC J 4341/16). También que *“...que frente al orden público contractual que impera en la materia consumeril, las cláusulas abusivas no pueden ser materia de una renuncia anticipada, ni cabe considerarlas subsanadas por una suerte de consentimiento tácito del consumidor. Es más, deben tenérselas por no convenidas, lo que trae como consecuencia que ni siquiera la anuencia expresa pueda validarlas”* (“Recurso de hecho deducido por la ‘actora en la causa Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c. BankBoston NA sumarísimo”, 14/03/2017).

(24) IRIGOYEN, Roberto, “Los derechos del consumidor”, LA LEY 1995-B-819. En sentido coincidente, STIGLITZ, Gabriel, “La defensa del consumidor en Argentina. 30 años de Derecho sin políticas”, ob. cit., p. 62. Con estos propósitos y antecedentes, Gonzalo SOZZO y Carlos A. HERNÁNDEZ, han propuesto para la proyectada reforma de la Constitución Provincial de Santa Fe que “El Estado Provincial protege los derechos del consumidor, garantizando el acceso al consumo de bienes esenciales en miras de afianzar la calidad de vida de sus habitantes” (primer párrafo).

(25) FRUSTAGLI, Sandra y HERNÁNDEZ, Carlos A., “El derecho a la alimentación y a la salud y su exigibilidad al Estado”, JA 2003-III-519, AP 0003/009878

(26) STIGLITZ, Gabriel, “Derechos de los consumidores. Reconocimiento internacional. Incidencia de los tratados”, en *Tratado de Derecho del Consumidor*, t. I, ob. cit., p. 356. TAMBUSI, Carlos, “Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos”, *Revista LEX* nro. 13, año XII, 2014, t. I, p. 98.

(27) GHIDINI, Gustavo, “Per i consumatori”, Ed. Zanichelli, Bolonia, 1977, ps. 63 y ss.

ley de Medios Audiovisuales (26.522), cuyo art. 81, fija algunos límites a la publicidad, y puntualiza en el inc. i) que los avisos publicitarios “no inducirán a comportamientos perjudiciales al medio ambiente”.

En su función interpretativa, también el principio de acceso al consumo sustentable, aporta argumentos que facilitarán combatir prácticas tales como la obsolescencia programada.

La obsolescencia programada supone la planificación del fin de la vida útil de un producto o servicio para que resulte obsoleto o inservible y, por lo tanto, deba sustituirse en un corto plazo, período que ha sido calculado por el fabricante. Es decir que se lanzan al mercado productos de consumo programando una falla programada o bien una deficiencia incorporada por el productor (28). Este caso extremo de obsolescencia, en tanto supone planificar el acortamiento de la durabilidad del producto, sea a través de la incorporación de fallos o de no asegurar piezas o repuestos que posibiliten la reparación y obliguen a la sustitución, encuadra en el plano jurídico como una práctica abusiva toda vez que perjudica abiertamente los intereses económicos de los consumidores. Coetáneamente, desde la óptica del consumo sustentable también se muestra contraria a la preservación del ambiente y la calidad de vida futura de los consumidores.

Un deber que tiende de manera directa a evitar la obsolescencia anticipada de bienes que aún tienen vida útil, o admiten reparación o reciclado, es el que se impone a los proveedores de asegurar la provisión de repuestos y de servicio técnico. Esta obligación, como garantía, viene impuesta por el art. 12 de la ley 24.240, y exige ahora ser resignificado desde la óptica de la sustentabilidad ambiental de los bienes.

IV.3. Consumo sustentable e información

Una primera cuestión reside en establecer la incidencia del principio de consumo sustentable en materia de deber de informar.

(28) Una explicación detallada del problema y las distintas especies de obsolescencia programada p. v. en MARTÍNEZ, Adriana Norma – PORCELLI, Adriana M., “Un difícil camino en pos del consumo sustentable: el dilema entre la obsolescencia programada, la tecnología y el ambiente”, en *LEX* 18, año XIV, 2016, II, p. 341.

La Constitución Nacional reconoce al consumidor el derecho a la información; esta herramienta contribuye a superar su vulnerabilidad cognoscitiva y efectuar elecciones racionales. En el plano infraconstitucional, se erige como su contracara el respectivo deber de informar que se impone a los proveedores. Al respecto, el art. 1100 del Cód.Civ.yCom., dispone que la información ha de referir a “*todo lo relacionado con las características esenciales del bien o servicio*”, como así también a “*...toda otra circunstancia relevante para el contrato*”.

Traspassando la protección de los intereses individuales implicados en la relación de consumo, la información sobre aquellos aspectos del bien o servicio referidos a cuestiones ambientales cobra relevancia en términos de sustentabilidad, toda vez que puede actuar como un factor determinante del cambio de patrones de consumo degradantes del ambiente.

Por tal razón, una interpretación de los alcances del deber de informar a la luz del principio del consumo sustentable conduce a ensanchar el contenido de la información debida por el proveedor, quedando comprendidas en él cuestiones o datos de índole ambiental (v.gr.: carácter transgénico del producto, uso de agroquímicos para su obtención, experimentación en animales, etc.), en razón que se trata de una hermenéutica dirigida a posibilitar al consumidor elegir productos o servicios cuyos procesos de producción o prestación muestren compromiso con el cuidado y conservación de los recursos naturales.

IV.4. Consumo sustentable y prácticas abusivas

El Código de Defensa del Consumidor de Brasil representa un ejemplo paradigmático de vinculación entre ambas categorías, dado que su art. 37 § 2, considera como abusiva a la publicidad que no respeta los valores ambientales. Su descalificación obedece a la circunstancia de constituir un comportamiento antiético en

el mercado en cuanto vulnera valores sociales básicos (29).

Entre nosotros, las prácticas abusivas aparecen reconocidas tanto en la ley 24.240 (art. 8° bis) como en el Cód.Civ.yCom. (arts. 1097 a 1099). Sobre ese régimen plural se ha construido un consenso que postula la necesidad de efectuar una interpretación finalista de las normas implicadas desde el prisma del principio protectorio, que permite su actuación en todas las fases del iter contractual. Por lo demás, la flexible caracterización de las prácticas abusivas, conduce a considerar atrapadas dentro de su ámbito material tanto a las distintas formas de publicidad ilícita (engañosa, abusiva o discriminatoria) y a cualquier otro comportamiento de los proveedores que viole los estándares previstos en las disposiciones citadas, siendo irrelevante que sus efectos se desplieguen en el camino al contrato o durante su ejecución o con posterioridad al mismo (30). Con ese entendimiento, la simetría en temas ambientales con el régimen comparado –v.gr. el brasileño– resulta evidente.

Tampoco puede omitirse que frente a las prácticas abusivas es posible ejercer acciones tendientes a obtener la cesación de la conducta y/o a la reparación de los perjuicios ocasionados, sean patrimoniales o extrapatrimoniales, como así también resulta factible demandar la imposición de sanciones pecuniarias disuasivas (art. 52 bis), único ámbito en donde la respuesta punitiva –al servicio de propósitos preventivos– es reconocida de modo especial (art. 8° bis). Sobre el particular, recordamos que los principales precedentes sobre el llamado daño punitivo, giran en torno de prácticas abusivas. Es de lamentar, sin embargo, que no pudiera materializarse la decisión del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012 de superar el limitado y defectuoso régimen vigente, habilitando a las sanciones pecuniarias disuasivas frente a con-

ductas que implicaran un grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. La norma intentaba ingresar más intensamente a la cuestión ambiental, procurando disuadir futuras conductas lesivas.

IV.5. Seguridad, consumo sustentable y deberes de conducta exigibles al proveedor

Al igual que acontece con el derecho del consumidor a la información, el derecho a la seguridad goza de tutela constitucional (art. 42 de la CN), concretándose su desarrollo en el ámbito infraconstitucional como obligación de seguridad (arts. 5° y 6°, ley 24.240). Pese a ello, el contenido prestacional de esas obligaciones no aparece suficientemente precisado, lo que no impide que hasta el momento esos institutos actúen como herramientas de prevención de daños.

El expreso reconocimiento de los horizontes preventivos de la responsabilidad civil en el Cód.Civ.yCom. permite establecer un diálogo de convergencia entre las normas generales y las especiales, a partir del cual el funcionamiento y aplicación de estas últimas resulta fortalecido con los principios sistémicos; máxime cuando se piensa que los despliegues preventivos de la seguridad debida al consumidor se orientan preponderantemente a salvaguardar derechos fundamentales de mayor entidad tales como la salud, la vida y la integridad física de aquellos.

Así, en orden a la función preventiva desempeñada por la obligación expresa de seguridad –regulada en el art. 5° de la ley 24.240–, cabría reconocer como posibles contenidos prestacionales –y según las circunstancias– la posibilidad de exigir al proveedor conductas concretas de dar o hacer (31), con fundamento en el deber de evitación de daños (art. 1710 del Cód.Civ.

(29) LIMA MARQUES, Claudia – BENJAMIN, Antônio Herman V. – MIRAGEM, Bruno, “Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”, Editora Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2006, ps. 539 y ss.

(30) HERNÁNDEZ, Carlos A. – FRUSTAGLI, Sandra A., “Prácticas comerciales abusivas”, en *Tratado de Derecho del Consumidor*, t. I., ob. cit., ps. 593 y ss.

(31) Al respecto, en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, la Comisión nro. 2, concluyó por unanimidad que “El deber de advertencia guarda una estrecha relación con la seguridad. En ese marco, se impone –en determinadas circunstancias– a los integrantes de la cadena de comercialización suministrar información y consejo, reparar, sustituir y/o retirar los productos incorporados al mercado con potencialidad dañosa, en definitiva, adoptar medidas positivas tendientes a la evitación de daños”.

yCom.). De ahí que, ante la posible peligrosidad o ante defectos de seguridad de los productos o servicios, deberes tales como los de advertencia, subsanación del defecto, sustitución del bien, retiro o recupero del producto del mercado, adquieren indudable coercibilidad (32). En esa misma línea de pensamiento, el principio de acceso al consumo sustentable en su relación con el de seguridad, imponen reducir los niveles de desecho, lo que exige a los proveedores deban hacerse de los medios adecuados para el retiro y reciclado de los productos puestos en el mercado cuando ya son inutilizables.

En miras del diálogo que los principios de acceso al consumo sustentable y de protección al consumidor propician, podría pensarse incluso, que cabría ensanchar los márgenes de actuación de la obligación de seguridad, desde que pudiera interpretársela como comprensiva, ya no solo de resguardar la integridad y vida del consumidor, sino también del medio ambiente (33).

Finalmente, aunque no puede negarse que el Derecho del Consumidor atiende preferentemente a la “prevención”, en tanto que el Derecho Ambiental a la “precaución”, es de destacar

que la sofisticación y ampliación de la tutela preventiva, resulta propicia para flexibilizar y/o expandir a la precaución. Prueba de ello resulta la aplicación de este último fuera de la esfera estatal, conclusión de la que parece no poder dudarse luego de la entrada en vigencia de las reformas al Derecho Privado por imperio del fenómeno de constitucionalización, y la centralidad de la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en el régimen de fuentes. En esta perspectiva destacamos que el principio precautorio se ha aplicado en diversos casos y con motivo de los más variados productos y actividades. Son numerosos los supuestos en los que ha operado en lo referente a inmisiones electromagnéticas (34); en materia de antenas telefónicas (35); e incluso de fumigaciones efectuadas por particulares (36).

IV.6. La función ambiental del contrato como expresión de síntesis de muchos de los planteos precedentes

Buena parte de los planteos precedentes permiten reconocer una función ambiental del contrato en nuestro régimen de Derecho Privado.

(32) Sobre los desarrollos in extenso del tema p. v. HERNÁNDEZ, Carlos A. – FRUSTAGLI, Sandra A., “Comentarios exegéticos a los arts. 5º y 6º de la ley 24.240”, en *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada*, PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dirs.), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 79; y HERNÁNDEZ, Carlos A. – FRUSTAGLI, Sandra A., “Daños al consumidor: reflexiones sobre el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, RDP, nro. 3, Infojus, ps. 187 y ss.

(33) Una cuestión más compleja resulta pensar si el principio de acceso al consumo sustentable asimismo podría constituirse en una barrera para la admisión del riesgo del desarrollo como eximente de la responsabilidad.

(34) Así, la Cámara Federal de la Plata, sala 2ª, el 8 de julio de 2003, ordenó a la empresa Edesur y al ENRE que adopten las medidas necesarias a fin de suspender las obras de cableado destinadas a la sobrealimentación de la subestación Sobral ubicada en Ezpeleta, partido de Quilmes, por entender que resultaban probados los daños en el medio ambiente y, principalmente, en la salud y calidad de vida de los habitantes de la localidad de Ezpeleta; in re “Asociación coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c. Ente Nacional Regulador de la Electricidad y otro”, en *ElDial.com*, año VI, nro. 1.330 en *www.eldial.com*.

(35) La materia telefónica ha dado lugar a distintos casos que han tenido que ser resueltos por nuestros Tribunales, ora ordenando suspender el funcionamiento de las antenas, ora prohibiendo directamente la instalación de las mismas. Un racconto de estas sentencias puede verse en ANDRADA, Alejandro A. – HERNÁNDEZ, Carlos A., “Soja, principio precautorio y agroquímicos”, *Revista de Daños* nro. 2011-1, ob. cit., ps. 445 y ss.

(36) Allí se destaca por su importancia la sentencia de la sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, que ha sentado un precedente que ha sido calificado como un hito en las provincias sojeras. Se trató del caso “Peralta, Viviana C. c. Municipalidad de San Jorge y otros”, fallado el 09 de Diciembre de 2009; allí se dijo que “[c]orresponde hacer lugar a la acción de amparo promovida a fin de que se prohíba a los propietarios de campos linderos a un barrio ubicado en el límite entre la zona urbana y la rural fumigar en sus campos a menos de determinada distancia a contar desde el ejido urbano, pues el hecho de que aun cuando no medie una certeza científica absoluta respecto a los efectos de los agroquímicos en el medio ambiente, no obsta a la procedencia del amparo, en tanto el principio precautorio invita a actuar antes de que se obtenga la prueba de un riesgo real para el medio ambiente y la salud de los ciudadanos”. La condena alcanzó también a la Provincia de Santa Fe; ver ED 237–1032.

Derivaciones del principio de acceso al consumo sustentable...

Al respecto recordamos que el art. 421 del Cód. Civil de Brasil señala que “la libertad de contratar será ejercida en razón y en los límites de la función social del contrato”. Sobre el mismo, la doctrina ha dicho que es una resultante de los tres pilares sobre los cuales se ha edificado el referido cuerpo normativo: “sociabilidad”; “economicidad” y “eticidad”, agregándose que esa cláusula general, junto a otras –como la de buena fe– apunta a la búsqueda de una efectiva justicia material, obrando como límite a la autonomía privada y contribuyendo a una progresiva objetivación de la relación contractual (37).

Nuestro Código unificado, en cambio, ha optado por fortalecer a los principios generales, entre otras razones, para constituirlos en instrumentos de desarrollo de la “función social” y “ambiental” del contrato. Sobre ambas, la Comisión de Reformas sostuvo que “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 nacio-

nal. Por lo tanto, consideramos que es mejor mantener el sistema de varias disposiciones, antes que crear una sola comprensiva de todas ellas” (38).

En esa dirección se inscriben el art. 14 del Cód. Civ.yCom., cuando reconoce derechos individuales y derechos de incidencia colectiva, y como una derivación lógica afirma que “la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”. De la misma manera, el art. 240 es categórico al señalar que “el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

Estas normas son una clara expresión del fenómeno de constitucionalización del derecho contractual –en cualquiera de sus variantes tipológicas incluida la de consumo–, en cuanto se subordina al contrato a las exigencias constitucionales y convencionales que tutelan el ambiente y la biodiversidad (39).

(37) DE AGUILAR VIEIRA, Iacyr, “Soggettivismo e oggettivismo nel diritto brasiliano dei contratti”, en *Dez anos. Contributi per il primo decennio del nuovo codice civile brasiliano*, Roma e America – Sistema Giuridico Latinoamericano, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, ps. 163 y ss. Es de ponderar que estas perspectivas u horizontes tienen elevados niveles de consenso, lo que da cuenta de su creciente generalización. Una muestra de ello, se observa en la reciente reforma al Code Napoléon por la “Ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations”; el nuevo art. 1104 ahora que dispone: “Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d’ordre public”.

(38) “Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, ob. cit., p. 631.

(39) CAFFERATTA, Néstor A., “La cuestión ambiental en el Código Civil y Comercial”, ob. cit., ps. 305 y ss.

El consumidor internacional

Por Amalia Uriondo de Martinoli

SUMARIO:

I. Concepto de consumidor internacional.– II. Fundamento de las políticas legislativas de protección del consumidor.– III. Derechos humanos de tercera generación.– IV. Reconocimiento constitucional.– V. Dimensión convencional e institucional.– VI. Código Civil y Comercial de la Nación.– VII. Autonomía de la voluntad.

I. Concepto de consumidor internacional

Iniciaremos el desarrollo del tema seleccionado para la Comisión de Derecho internacional privado con el siguiente interrogante ¿qué se entiende por consumidor internacional?

Este concepto jurídico tiene distintos ropajes provistos por la doctrina, por la normativa convencional y nacional, ello obliga a formular algunas precisiones sobre esta noción, particularmente en orden al criterio en torno al cual se la construye, si se atiende al carácter finalista, a la no profesionalidad del adquirente, o añadir la consideración de la persona jurídica como destinatario de la tutela.

Así, se ha señalado que el consumidor internacional es “aquel sujeto cuya relación de consumo sin fines profesionales y frente a un profesional se encuentra vinculada con más de un ordenamiento jurídico” (DELALOYE, 2007). También se considera definir al consumidor desde un punto de vista internacional “ya: a) por las características de las partes que intervienen en la negociación en que se le atribuye tal rol; b) por el uso de las mercaderías adquiridas; c) por los servicios comprometidos” (UZAL, 2016). Otros autores ponen el acento en que el concepto de consumidor debe tener una necesaria amplitud “para comprender las variadas situaciones necesitadas de tutela” (TONIOLLO, 1998, p. 95).

A nivel convencional, nos detendremos en la propuesta brasileña de la Convención Interamericana sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo (CIDIP VII), en donde se aclara que el consumidor es “toda persona física que, ante un profesional y en las transacciones, contratos y situaciones aquí comprendidas (por esta Convención), actúe con fines que no pertenezcan al ámbito de su actividad profesional” (LIMA MÁRQUES, p. 20).

Brasil, en coordinación con los gobiernos de Argentina y Paraguay, presentó la “Propuesta de Buenos Aires” sobre la Convención interamericana sobre derecho aplicable a algunos contratos y transacciones internacionales de consumo (19 de marzo de 2010). El art. 1º califica al consumidor como “cualquier persona física que, frente a un profesional o proveedor de bienes y servicios, actúe con fines personales, familiares o domésticos o que no pertenezcan al ámbito de su actividad profesional o con fines de reventa”. A los efectos de la Convención, se consideran también consumidores a los terceros que usufructúan directamente, como destinatarios finales, los servicios y productos contratados (art. 2º).

En la Unión Europea, la identificación del problema lo hace el Reglamento (CE) nro 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), cuyo art. 6º explica que el contrato de consumo es

aquel “celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (‘el consumidor’) con otra persona (‘el profesional’) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional”. Según dicho precepto, el contrato debe haberse celebrado para un uso que pudiere considerarse ajeno a la actividad profesional de quien se pretende consumidor.

Del mismo modo, el art. 17 del Reglamento 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis), recoge la doble noción de la figura del consumidor, establece que éste será considerado como tal cuando reúna ambas características, tanto la de “consumidor final” como que lo haga para un “uso privado”, fuera del contexto de una actividad profesional.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14) así lo establece, concluyendo que un abogado (u otro profesional) puede considerarse consumidor, a efectos de los derechos que a estos reconoce el Derecho de la Unión, cuando actúa fuera de su ámbito de actividad y, en particular, cuando negocia un contrato de adhesión. Como tal consumidor, se encuentra en una “situación de inferioridad respecto al profesional”, idea que sustenta el sistema de protección establecido por la norma comunitaria. Esta inferioridad, aclara el TJUE, obedece tanto a su nivel de información como a su capacidad de negociar, “situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas”.

La decisión resuelve una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de Primera Instancia de Oradea (Rumania) ante la reclamación de un abogado de la nulidad de una cláusula de riesgo considerada abusiva. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del art. 2º, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con la precisión del concepto de “consumidor”.

Estas descripciones presentan ciertos elementos comunes: el consumidor comprende sólo la persona física, su no profesionalidad, el destino final de los bienes (uso familiar, personal o doméstico).

A la calificación del consumidor reservado de modo exclusivo para las personas físicas, se contraponen un criterio amplio que abarca tanto a la persona física como a la jurídica, en la medida que esta última actúe fuera de sus actividades profesionales.

Esa es la solución que trae el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo, suscripto en Fortaleza, Brasil. (Decisión CMC nro. 10, del 17 de diciembre de 1996). Hasta la fecha no ha entrado en vigor porque la Resolución GMC nro. 126/94 determina que hasta que no sea aprobado el Reglamento Común para la Defensa del Consumidor cada Estado aplicará su propia legislación tuitiva para los productos y servicios comercializados en su territorio, “con la salvedad que en ningún caso se podrá imponer a los bienes provenientes de los Estados Parte exigencias superiores a las que se aplica a los productos y servicios oriundos de terceros países” (art. 2º). El anexo al Protocolo señala que el consumidor: “es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. Equipárense a consumidores las demás personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo. No se considera consumidor o usuario aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

La misma explicación amplia del consumidor comprensiva de la persona física y jurídica adopta la legislación argentina: el art. 1º de la ley 24.240 (BO 15/10/1993) de Protección y Defensa del Consumidor, lo define como toda persona natural o jurídica (hombres, mujeres, entidades, instituciones, empresas) que, en virtud de un acto jurídico oneroso o gratuito, adquieren, disfrutan o utilizan bienes, o servicios como destinatarios finales y no con fines

comerciales (de intermediación), ni industriales (de transformación). Con la reforma introducida por la ley 26.361 (BO 7/4/2008), son “aquellos sujetos que sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, también se los considera consumidores o usuarios”. Con la modificación del art. 1º, se determina en forma más clara y específica el concepto jurídico global del consumidor, se amplía la calidad de consumidores y/o usuarios, y quienes no lo son.

Por su lado, el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994, entró en vigencia el 1º de agosto de 2015) estructura la categoría del consumidor en su art. 1092 como “... la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”. Asimismo, establece que aquella persona que, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios con ese mismo fin y bajo la misma modalidad, queda equiparado al consumidor.

El Cód.Civ.yCom. recoge una doble característica de la figura del consumidor “uso privado”, familiar o social, fuera del contexto de una actividad profesional y como “destinatario final” del bien o servicio adquirido. La conceptualización argentina de la figura del consumidor, coincide con la respuesta legislativa brindada por los otros socios del Mercosur.

El art. 2º del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, ley 8078, del 11 de septiembre de 1990, define el consumidor como “toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza producto o servicio como destinatario final”. Además, el Código permite una extensión o un alargamiento del concepto cuando se refiere a la equiparación de determinados sujetos a la figura del consumidor, prescindiendo del vínculo contractual generado en una típica relación de consumo con el proveedor (art. 2º, párrafo único, 17 y 29). Brinda protección jurídica al tercero no contratante, que se ve afectado por la relación de consumo (FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia – KLEIN VIEIRA, Luciane, 2011, p. 83).

También atiende al carácter finalista de la noción, la ley 1334 de Defensa del Consumidor y del Usuario de Paraguay de 27 de octubre de 1998, al disponer en el apart. “a” del art. 4º que consumidor y usuario es “...toda persona física o jurídica, nacional o extranjera que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza”. El precepto debe ser examinado de forma conjunta con el que explica que “la relación de consumo es la relación jurídica que se establece entre quien a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final” (art. 5º). La protección comprende a la persona física o jurídica que haya contratado a título oneroso y deja fuera del campo de aplicación a los que lo hagan a título gratuito.

Para ser considerado como consumidor por la ley uruguaya sobre Relaciones de Consumo 17.250 de 11 de agosto de 2000, se debe ser persona física o jurídica. La clave del concepto de consumidor se encuentra en la expresión “destinatario final”, o sea el sujeto que adquiere productos o servicios para su utilización o disfrute final (art. 2º).

Asimismo, es preciso apuntar que hay legislaciones que a los fines de determinar el derecho aplicable a los contratos concluidos por los consumidores, diferencia entre “consumidor pasivo” y “consumidor activo”. El consumidor pasivo, es aquel que recibe información o una oferta y que contrata en su país, sin desplazamiento físico, al que se podría caracterizar como consumidor por medios electrónicos; mientras que el activo, es el que se traslada de un país para otro –consumidor turista– (LIMA MARQUES, 2004, p. 304).

El estudio de los contratos de consumo, abarcará el tema de los derechos de todos los sujetos que califiquen como consumidores, enfocando el tratamiento de las relaciones por las que los individuos satisfacen sus necesidades básicas, y que trascienden fronteras tanto físicas como virtuales. Ello obedece al auge en la comercialización de bienes y servicios, asociado a la tecnificación, la publicidad del mercado, la internacionalización de la economía, la creciente integración económica, el incremento del turismo internacional, entre otros.

II. Fundamento de las políticas legislativas de protección del consumidor

El punto de partida de las políticas legislativas de protección de los consumidores se manifestó en los Estados Unidos en 1962 con un discurso del Presidente John F. Kennedy al Congreso de los EE.UU., donde resaltó que los consumidores formaban el grupo económico más importante y, sin embargo, no está organizado de manera efectiva y cuyos intereses muy a menudo no son escuchados “todos nosotros somos consumidores, todos somos vulnerables y, todos nos encontramos, frente al mercado, en una posición de debilidad y desconcierto”.

Kennedy señalaba como derechos del consumidor: el derecho a la seguridad, que imponía proteger contra la venta de bienes peligrosos para la salud o la vida; el derecho a ser informado, que protegiera al consumidor contra la información fraudulenta, engañosa o básicamente confusa; el derecho a elegir, que se le asegure el acceso a una variedad de productos y servicios a precios competitivos; el derecho a ser oídos, lo que implica asegurar que los intereses del consumidor recibirán consideración completa y comprensiva en la formulación de la política gubernamental y tratamiento adecuado y ágilen los tribunales administrativos (http://www.aytojaen.es/portal/RecursosWeb/documentos/1/2_13065_1.pdf).

Los poderes públicos se dieron cuenta de que el libre funcionamiento del mercado no podía bastar para garantizar los derechos de los consumidores (el grupo económico con mayoría en el mercado) que se advertían desprotegidos ante el avance de grandes empresas y de la tecnología. Actualmente, el comercio electrónico y los viajes internacionales, entre otras situaciones, son de acceso masivo. En efecto, la relación profesional-consumidor se presenta hoy en día como una relación desequilibrada entre un fuerte y la parte contractual que se encuentra en una situación de desigualdad informativa o sustancial. La superioridad del empresario es tanto de tipo técnico, como financiero y jurídico, tiene la facultad de fijar unilateralmente las cláusulas del contrato. Es el mejor experto del producto o servicio que propone y de su buen uso; conoce también mucho mejor que los consumidores los contratos de

adhesión que proyecta hacer firmar. En tanto que estos últimos, sólo tienen la posibilidad de adherirse a las cláusulas prefijadas, o bien abstenerse de celebrar el contrato.

Esta relación desequilibrada (profesional-consumidor) ha sido puesta de manifiesto por la ley 61 de 7 de octubre de 2015 (que subroga la ley 7 de 8 de mayo 2014) que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá, cuando el art. 85 admite, aunque no taxativamente, al contrato de consumidor dentro de la categoría de los contratos desiguales. El art. 84 considera que son aquellos contratos en los que la parte débil no goza de la facultad para negociar las cláusulas esenciales o de adhesión previstas en ellos, tales como las “que fijan el precio, las condiciones de ejecución del contrato y las cláusulas de solución de conflictos. La imposición de una de esas cláusulas se entenderá como el medio de comprobación de un contrato desigual”.

El “ciudadano-consumidor” reclama normas protectorias para evitar los abusos del mercado y para prevenir o resarcir los daños que las conductas negligentes o dolosas del fabricante, proveedor o cualquier otro intermediario del circuito comercial, puedan generar. Tal problemática no compete exclusivamente al Derecho, es multidisciplinaria, trasciende a otras ciencias y disciplinas. En su formulación y aplicación se utilizan principios y conocimientos propios de otras ciencias, como la economía y la sociología, a fin de poder conocer y eventualmente corregir los desequilibrios de intereses que puedan generarse. Las expresiones sociales, tales como la constitución de las organizaciones de consumidores, son una clara manifestación de la necesidad de desarrollar mecanismos de protección idóneos para asumir los desafíos de la posmodernidad.

El art. 65 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor de 1993 considera que sus normas son disposiciones de orden público. “Por ser normas de orden público, los derechos de los consumidores son irrenunciables y las normas de protección a los consumidores deben ser aplicadas por las autoridades públicas administrativas y jurisdiccionales, aun de oficio” (BAROCELLI, 2015).

Un claro ejemplo de la jerarquía que se le asigna a la protección del consumidor, es el Código de Derecho Internacional Privado de Panamá, que incluye dentro de la noción de orden público internacional los principios fundamentales (art. 7º) entre los cuales menciona específicamente “el interés superior del consumidor” (art. 8º). La interpretación conjunta de ambas disposiciones, trae como consecuencia el no reconocimiento de los efectos jurídicos de un acto o de la ley extranjera que vulnere o viole ese principio fundamental.

III. Derechos humanos de tercera generación

El derecho del consumidor es, sin duda, un vehículo social de protección general, vinculado a derechos elementales de la persona humana, encuadrados dentro del marco de los derechos humanos que obedecen a contextos y necesidades sociales particulares de un período determinado. La división de los derechos humanos en tres generaciones, fue inicialmente propuesta en 1979 por el jurista checo Karel Vasaken el Instituto Internacional de Derechos Humanos en Estrasburgo, Francia. Su división sigue las nociones centrales de las tres frases que fueron la divisa de la revolución francesa: libertad, igualdad, fraternidad.

Los consumidores, junto con el derecho al desarrollo, a la paz, al patrimonio artístico y cultural, a un medio ambiente sano y a los derechos de los pueblos indígenas, integran los llamados derechos de tercera generación. Estos comenzaron a gestarse a partir de la Segunda Guerra Mundial, o sea en la segunda mitad del siglo XX y cuyo fundamento es precisamente el principio de solidaridad que garantice la libertad y la igualdad. Son derechos tutelados, garantizados por el Estado, por los grupos sociales (en el ámbito interno del Estado), así como las organizaciones regionales y la Comunidad Internacional (en el orden internacional) frente a la actuación del Estado, de los Estados y de los grupos sociales detentadores del poder económico y estratégico en el ámbito internacional (IEPALA). Su denominación se debe a que alcanzaron su reconocimiento internacional más tardíamente, después de los de primera generación (civiles y

políticos) y los de segunda generación (básicamente de carácter económico, social y cultural).

Con acierto se expresa que “los derechos humanos de tercera generación han sido consagrados para corregir las graves injusticias de la humanidad” y están concebidos para pueblos, grupos sociales e individuos (derechos de la solidaridad), en una nueva concepción de “Estado social, económico y ambiental de Derecho” (LÓPEZ ALFONSÍN, 2012). Ello significa implementar un mecanismo de protección más amplio, con todas las garantías que potencien la protección de los seres humanos, en sus manifestaciones individuales y colectivas. Esta influencia de los convenios internacionales de jerarquía constitucional sobre el derecho del consumo interno, se manifiesta ya sea ampliando y explicitando derechos concretos de los consumidores; determinando nuevos criterios de interpretación; o generando organismos judiciales de protección adicionales a los de cada Estado (TORRES BU-TELER, 2009).

El acceso al consumo, como derecho, está comprendido dentro de las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor que fueron aprobadas por la Asamblea General en su resolución 39/248 de 16 de abril de 1985, ampliadas posteriormente por el Consejo Económico y Social en su resolución 1999/7, de 26 de julio de 1999, y revisadas y aprobadas por la Asamblea General en su resolución 70/186, de 22 de diciembre de 2015.

Las Directrices traducen claros derechos de los consumidores: a la satisfacción de las necesidades básicas; a la seguridad; a ser informado; a elegir; a ser escuchado; a la reparación; a la educación de los consumidores; a un medio ambiente sano (UNCTAD/DITC/CPLP/MISC/2016/1).

IV. Reconocimiento constitucional

El derecho a la protección del consumidor está constitucionalizado en varios países (v.gr. Constitución de Colombia de 1991 y sucesivas actualizaciones, Constitución española de 1978, Constitución de Brasil de 1988). La protección de los consumidores y usuarios de bienes y servicios argentinos, se consolidó en el año 1994

en función del taxativo reconocimiento constitucional, fundamentalmente con las directrices de los arts. 42 y 43 y otras de carácter supra legal en virtud del art. 73, inc. 22 de la Constitución Nacional.

El contenido del art. 42 se distribuye en tres párrafos que engloban distintas situaciones. El primero, establece los derechos básicos: “la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno”.

El alcance y la amplitud de los derechos enunciados en el precepto, debe hacerse de forma complementaria a lo dispuesto por las normas internacionales de derechos humanos. Los principios de la dignidad y la igualdad inherentes a todos los seres humanos que fueron proclamados por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, se traduce en el sector de los consumidores, con el siguiente alcance: “Dignidad significa trato justo en la relación de consumo, con respeto a la vida, salud, e integridad física de las personas” (TAMBUSSI, 2014).

El trato equitativo y digno, se entiende sin distinciones y sin discriminación alguna. En cuanto al término discriminación, los Tratados que abordan el derecho humano contra todas las formas de discriminación racial (21 de diciembre de 1975) o contra la mujer (18 de diciembre de 1979) establecen en el primer artículo que “la expresión discriminación denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia...” que en esta materia, implicaría poner el consumo al alcance y a la comprensión de todos los sectores de la población.

El segundo párrafo del art. 42, correlativamente contiene una serie de directivas (mandatos obligatorios) que compete a los Poderes Públicos: protección de los derechos mencionados, educación para el consumo, defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, control de los monopolios naturales y legales, velar por la calidad y eficiencia en los servicios públicos, y facilitar la formación de asociaciones de consumidores y de usuarios.

El tercer párrafo, deja a cargo de la legislación, el establecimiento de procedimientos eficaces en orden a prevenir y solucionar conflictos en esta particular relación jurídica, así como marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional. Se prevé la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Por otra parte, el art. 43 de la Constitución, hace extensiva la acción expedita y rápida de amparo “en lo relativo a los derechos que protegen... al usuario y al consumidor”, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo. Para lograr esa protección privilegiada, “el acceso y la tutela no pueden ser solamente formales, sino que tienen que ser reales y útiles, liberados de trabas y bloqueos de toda índole” (KLEKAILO, 2012).

Los arts. 42 y 43 de la CN componen el bloque normativo adscripto al derecho civil constitucionalizado, por lo que los derechos de los consumidores y usuarios en la relación de consumo ostentan jerarquía suprallegal, de inmediata operatividad, y con fuerza normativa constitutiva de un sistema general, protectorio del usuario y del consumidor, que se complementa con cada subsistema específico (GALDÓS, J. – FERRARI, J., 2011).

Estos preceptos han de ser articulados con toda la doctrina internacional de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional. A pesar que los tratados omiten hacer una referencia explícita a la tutela de los consumidores y usuarios, consagran derechos que complementan el reconocimiento de sus derechos (art. 75, inc. 22).

V. Dimensión convencional e institucional

La directiva del Cód.Civ.yCom. respecto a la aplicación de las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos (art. 2594), nos obliga a consultar la normativa vigente a nivel convencional e institucional. Su examen nos permitirá señalar dos posibilidades:

i) Algunas normas, aunque renovadas en algunos casos, han sido elaboradas con anterioridad a la aparición de estos fenómenos sociales, por lo que no han sido pensadas para regular los contratos internacionales de consumo y las soluciones previstas para las acciones personales, salvo excepciones, conducen al consumidor a litigar en el país del proveedor o profesional. Las reglas sobre jurisdicción internacional establecen a elección del actor, el foro del domicilio del demandado o el foro del Estado cuyo derecho se aplica al problema –causa– de que se trata (art. 56 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889, que vincula a Argentina con Bolivia, Colombia y Perú). A estas jurisdicciones concurrentes, el texto revisado en 1940 (rige entre Argentina, Paraguay y Uruguay) autoriza la prórroga de la jurisdicción siempre que el acuerdo se pacte una vez surgido el litigio y que se exprese en forma positiva y no ficta (art. 56).

Estos instrumentos contienen también normas expresas para solucionar el problema del perfeccionamiento de los contratos celebrados por correspondencia o mandatario. El art. 37 del Tratado de 1889 selecciona la ley del lugar del cual partió la oferta, mientras que el art. 42 del Tratado de 1940 completa el enunciado al indicar que la perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta “aceptada”. Los preceptos sólo mencionan dos formas de celebrar este tipo de contratos, por correspondencia o mandatario, de allí que la doctrina considere que dentro de esta categoría podrán incluirse las modalidades más modernas de contratación a distancia –fax, télex, medios electrónicos, teléfono, etc.– (NOODT TAQUELA, M. B., 2003, p. 993).

ii) Otras convenciones, en principio, dejan fuera del campo de aplicación a los contratos de compraventa internacional de mercaderías adquiridas para un “uso personal, familiar o doméstico”. Sin perjuicio que el mismo art. 2º de la Convención de Viena de 1980 sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías aclare seguidamente, que “salvo que el vendedor, antes o en el momento de la celebración del contrato, no supiera ni debiera saber que las mercaderías eran adquiridas para tal uso”.

iii) En marco del MERCOSUR, que es un organismo típicamente intergubernamental, consul-

tamos el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual de 5 de agosto de 1994 (ratificado por los cuatro Estados Partes) pero advertimos que excluye expresamente de su ámbito de aplicación material, los contratos de venta al consumidor (art. 2.6).

El tema específico lo trata el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo de 1996, que se aplica cuando el proveedor y consumidor tienen su domicilio en distintos Estados del Mercosur o cuando los domicilios se encuentran en el mismo Estado pero la prestación característica de la relación de consumo se lleva a cabo en otro Estado Parte. La última situación fue pensada para los contratos de turismo, por cuanto la mayoría de las veces el domicilio del cliente y el domicilio de la empresa se localizan en el mismo Estado, pero la utilización de los servicios trasciende las fronteras (GOLDSCHMIDT, p. 701).

El primer criterio distributivo de jurisdicción internacional recae en el domicilio del consumidor, ya sea en el caso de que éste presente la demanda (art. 4.1) o cuando el proveedor de bienes y servicios inicie las acciones contra él (art. 4.2). Se incluyeron foros alternativos a elección exclusiva del consumidor: el lugar de celebración del contrato (art. 5.a), el lugar de cumplimiento de la prestación característica (prestación de servicio o entrega de los bienes (art. 5.b), y el domicilio del demandado (art. 5.c).

El Protocolo incorpora calificaciones autárquicas del domicilio del consumidor y del domicilio de la persona jurídica o de un ente despersonalizado. A través de esta técnica legislativa, se unifican las soluciones en el bloque regional y se evita apelar a las definiciones que respecto a esta conexión procesal, brinda cada ordenamiento nacional.

El Protocolo facilita al proveedor a practicar actos procesales a distancia, como contestar la demanda, ofrecer pruebas, presentar excepciones así como los actos procesales que de ellos se deriven, ante los jueces de su propio domicilio. Este proceso a distancia está condicionado a que lo autoricen los principios esenciales y básicos del ordenamiento jurídico procesal del foro actuante (art. 9.1).

Como resultado de la falta de vigencia de este instrumento en el MERCOSUR, la defensa del derecho al consumidor ha quedado tan solo regulada por una serie de medidas, algunas adoptadas en la órbita de la Comisión de Comercio con la creación del Comité Técnico nro. 7 de Defensa del Consumidor. El objetivo prioritario de este Comité Técnico es “concluir e implementar el Reglamento Común de Defensa del Consumidor, marco que deberá garantizar los derechos del consumidor en el espacio económico ampliado, sin constituir obstáculos innecesarios al comercio” (Programa de Acción 2000). En la LXIII reunión ordinaria del Comité Técnico –Río de Janeiro 18 y 19 de agosto 2010– se acordó el “Proyecto de Resolución sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de consumo”, teniendo en cuenta la necesidad de brindar una adecuada protección al consumidor, de acuerdo a las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor aprobadas en 1985 (con las sucesivas revisiones y ampliaciones).

Las otras medidas son las Resoluciones del Grupo Mercado Común que resaltan, en sus considerandos, que el proceso de “armonización en esta materia es parcial, razón por la cual a medida que se avance en ese proceso se podrá considerar la complementación de los conceptos actualmente acordados y la realización de las adecuaciones que los miembros plenos consideren necesarias”.

También cabe mencionar el Acuerdo interinstitucional de entendimiento entre los órganos de defensa del consumidor de los Estados Partes del Mercosur para la defensa del consumidor visitante (Buenos Aires, 3 de junio de 2004).

VI. Código Civil y Comercial de la Nación

VI.1. Jurisdicción

La sección 12, del capítulo 3, parte especial del Cód.Civ.yCom. se titula “Contratos de consumo” y cuando se determina la jurisdicción, la norma respectiva refiere a relaciones de consumo. El legislador ha preferido explicar en el propio texto estos términos jurídicos: se caracteriza la relación de consumo como el vínculo jurídico entre

un proveedor y un consumidor (art. 1092) y el concepto contrato de consumo, causa de esa relación, se desprende del art. 1093 que describe sus elementos característicos.

Para saber qué normas debemos aplicar al momento de delimitar la jurisdicción y el derecho aplicable a cada caso, lo primero que tenemos que diferenciar es el elemento extranjero del contrato que nos dará la nota de internacionalidad. No obstante, se ha omitido incluir en los artículos que regulan la materia cualquier elemento que permita determinar que el contrato es internacional. El Cód.Civ.yCom. determina en el art. 2654 cuándo serán competentes los tribunales argentinos en el surgimiento de un litigio transfronterizo de este tipo de contratos y el art. 2655, designa el derecho aplicable.

En orden a allanar el acceso a la jurisdicción, el art. 2654 pone a disposición del consumidor varias opciones para interponer la demanda contra la otra parte contratante, los jueces: i) del lugar de celebración del contrato; ii) del cumplimiento de la prestación del servicio; iii) de la entrega de bienes; iv) del cumplimiento de la obligación de garantía; o v) del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato. Junto a estos foros territoriales, también el precepto instituye el foro personal del domicilio del demandado.

Si bien se concede al consumidor una amplia legitimación activa, no se ha incluido de modo expreso el contacto de su residencia habitual (*foro actoris*) que por ejemplo, lo tiene la Ley que contiene el Código de Derecho Internacional Privado Belga de 2004 (art. 97.1). O bien el foro de su domicilio, como lo establece el Código de DIPr. de Panamá, que añade como jurisdicciones concurrentes el del lugar de conclusión del contrato o la jurisdicción que sea más favorable, en función del principio del interés superior del consumidor (art. 90). La ley 544 de República Dominicana de 15 de octubre de 2014 determina que los tribunales dominicanos serán competentes cuando el consumidor tenga su domicilio en dicho país y “la otra parte ejerciere actividades profesionales en la República Dominicana, o por cualquier medio hubiere dirigido su actividad comercial hacia la República Dominicana y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades” (art. 16).

En el Mercosur, el domicilio del consumidor constituye la regla base del Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en materia de relaciones de consumo. Del enunciado del art. 4º, se desprende el claro objetivo de brindar protección especial a la parte más vulnerable de la relación jurídica, de resguardar el carácter tuitivo de la normativa con relación al consumidor, mediante la posibilidad de litigar en su propio país. Asimismo, se incluyeron soluciones alternas a elección exclusiva del consumidor: el lugar de celebración del contrato, el lugar de cumplimiento de la prestación de servicio o entrega de los bienes y el domicilio del demandado (art. 5º).

En esa dirección apunta el Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I bis) cuando destaca la necesidad de completar el foro del domicilio del demandado “con otros foros alternativos a causa de la estrecha conexión existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia” (consid. 16). En lo que atañe a los contratos celebrados por los consumidores, el Reglamento puntualiza que “debe protegerse a la parte más débil mediante normas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las normas generales” (consid. 18). En tal sentido, habilita al consumidor a entablar la acción tanto ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliada la otra parte contratante, como los del lugar en que estuviera localizado su propio domicilio (art. 18). El foro del consumidor es concurrente con el domicilio del demandado y si ha celebrado un contrato a través de una sucursal o agencia, el lugar de establecimiento de la sucursal o agencia también es otro foro disponible (art. 17).

Art. 2654, segundo párrafo: el art. 2654 declara también competentes a “los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual”. De este modo, se reitera la exigencia que el Cód.Civ.yCom. es-

tablece para que opere el foro concurrente en materia de contratos en general: que la sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial haya intervenido en la celebración del contrato (art. 2650, apartado c).

Al contratante, el precepto sólo le deja una opción de interposición de la demanda: el domicilio del consumidor, cuya definición debe desprenderse del art. 2613 del mismo texto, que requiere la conjunción del elemento objetivo –residencia habitual– y del elemento subjetivo *animus* de establecerse en un determinado Estado.

En síntesis, el Cód.Civ.yCom. instaura varias conexiones procesales cuando la parte débil actúa como demandante; a la vez que recoge una solución restrictiva, limitada con carácter general al domicilio del consumidor, cuando la parte débil es la demandada.

Se elimina de modo explícito la posibilidad de pactar los tribunales que entenderán en los litigios que surjan de contratos de consumo (art. 2654 *in fine*). El ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, constituye la primera regla determinante de jurisdicción internacional para las acciones resultantes de un contrato en general (art. 2650).

El acuerdo de elección de foro tampoco opera en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, por cuanto de forma categórica el art. 1109 señala que “la cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita”. Según este precepto, el lugar de cumplimiento es “aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación”. Definición que facilita determinar la jurisdicción en los contratos concluidos por comunicación electrónica, porque el mismo artículo señala que “ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato”.

Luego de la sanción de la ley 24.240 se instaló la idea de que la prórroga de competencia, a un lugar diferente del domicilio del consumidor, es abusiva en los términos del art. 37 inc. b) –previó la ineficacia de las cláusulas que importan

una renuncia o restricción de los derechos del consumidor o una ampliación de los derechos del proveedor— norma que implícitamente contempla dicha situación (MOSSET ITURRASPE, J. – LORENZETTI, R., 1994, p. 279); (LORENZETTI, 1994-C-918); (STIGLITZ, 1998-C- 1035). En este orden de ideas, la jurisprudencia ha establecido que la extensión territorial debe observarse restrictivamente (HITTERS, J. C. – STIGLITZ, R., 1984-D-1290). También se ha dicho que es abusiva cuando la prórroga de la competencia importa en los hechos obstaculizar el ejercicio del derecho a la jurisdicción. Cuando se la aleja del domicilio del consumidor se lo priva de ese derecho (MOSSET ITURRASPE, J. – LORENZETTI, R., 1994, p. 279). El fundamento reside en que, litigar en extraña jurisdicción puede significarle al consumidor, por razones económicas, de distancia, de desconocimiento del medio, de la legislación o del idioma, una limitación en sus derechos, concretamente en su derecho de defensa y al acceso a la justicia.

A partir de la sanción de la Resolución 53/2003 –determina las cláusulas que no pueden ser incluidas en los contratos de consumo– se afirma que no queda duda de que la competencia territorial está establecida a favor del consumidor, imponiendo como regla la del lugar de su domicilio, sancionando con nulidad cualquier pacto en contrario (WAJNTRAUB, 2003-II-989).

Incluso la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto conflictos de competencia a favor del tribunal del domicilio del consumidor, justificando dicho aserto en que las cláusulas insertas en contratos de adhesión, entre las que se encuentra la prórroga de jurisdicción, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a la parte más débil de la relación jurídica, cual es el consumidor, según el art. 3° de la ley 24.240; y teniendo en cuenta que el consumidor pudo desconocer su eventual sometimiento a litigar en extraña jurisdicción, sostuvo que ello puede afectar su derecho de defensa en juicio, en violación de los principios contenidos en el art. 37 inc. b) de la ley 24240 (CS, 18/10/2006, “Plan Óvalo SA de Ahorro para Fines Determinados c. Giménez, Carmen É. s/ ejecución hipotecaria”, Fallos 329:4403; en igual sentido, CS, 08/04/2008, “Escobar, Aldo A. y ots. c. Círculo de Inversores SA de Ahorros para fines deter-

minados”, Fallos 331:748). La solución analizada fue luego receptada expresamente por la ley 26.361, que reformó en 2008 la ley 24.240 (art. 36 que regula las operaciones financieras para consumo y las de crédito para el consumo).

En los contratos celebrados por consumidores ¿existe la autonomía de la voluntad? Creemos que no, cuando una de las partes es la que elige el foro y la otra sólo puede aceptar o rechazar la celebración del contrato, esta situación de desigualdad impediría presumir que el adherente consintió las cláusulas unilateralmente incorporadas en las condiciones generales de contratación. No obstante, se afirma que la limitación de la autonomía no es la única forma de proteger al consumidor en la contratación internacional (FRESNEDO DE AGUIRRE, 2015, p. 283).

La experiencia europea va en sentido inverso, concede a las partes una autonomía limitada para elegir el órgano jurisdiccional competente. Siempre que exista un acuerdo entre el profesional y el consumidor será su voluntad la que tenga validez. En estos supuestos, el art. 19 del Reglamento Bruselas I bis (aplicable desde el 10 de enero de 2015) recoge los requisitos alternativos que dichos acuerdos deben tener para que sean válidos y, por lo tanto, de aplicación. Es preciso que se trate de acuerdos posteriores al nacimiento del litigio (art. 19.1); “que permitan al consumidor formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección” (art. 19.2); o “que, habiéndose celebrado entre un consumidor y su cocontratante, ambos domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de este prohíba tales acuerdos” (art. 19.3). En cualquier caso, el acuerdo atributivo de competencia tiene que cumplir los requisitos formales previstos en el art. 25.

Con respecto a la sumisión tácita en las materias en las que el Reglamento establece foros de protección, el art. 26.2 indica como novedad que en caso de comparecencia de la parte débil –tomador del seguro, asegurado o beneficiario de un seguro, persona perjudicada, consumidor o trabajador– ante un tribunal, se obliga al

juez a asegurarse de que el consumidor conoce, está informado, de la posibilidad de plantear una cuestión de competencia, y por tanto hay una exigencia, que además recae sobre el juez cumplirla, de comprobar que el consumidor, que se somete tácitamente a una jurisdicción, es consciente de las consecuencias de su actuación procesal (CAMPUZANO DÍAZ, 2014).

Ante el surgimiento de un litigio, se puede plantear el problema de decidir si la cláusula de elección de foro incorporada en un contrato de adhesión puede ser considerada abusiva o no. En la decisión de 5 de marzo de 2015, el Tribunal de Grande Instance de París, ha pronunciado el carácter abusivo de la cláusula de sometimiento a los tribunales de Santa Clara, California, incluida en las condiciones generales de contratación empleadas por Facebook; condición que todo usuario acepta cuando crea su cuenta en esta red social. La cuestión de competencia se origina cuando un maestro francés, Frédéric, sube a su cuenta una foto de un cuadro pintado por Gustave Courbet en 1866 llamado "El origen del mundo", expuesto en el Musée D'Orsay de París, en el que aparece el cuerpo de una mujer desnuda con la cara tapada con las piernas abiertas en primer plano. Facebook interpretó que esta foto incumplía su política sobre desnudos permitida en las publicaciones por lo que procedió a bloquear la cuenta. Frente a esto, Frédéric persigue que se reactive su cuenta de Facebook para lo que se pone en contacto con la agencia de la compañía en Francia, establecida a efectos meramente publicitarios, que le indica que la reclamación debe dirigirse a la compañía con sede en California. El usuario demanda en París y Facebook Inc. comparece e impugna la competencia judicial internacional invocando la citada cláusula de elección de foro.

Sin embargo, la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores indica expresamente que, si no se ha negociado individualmente, son abusivas "si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido in-

fluir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión" (art. 3º).

Declarada nula la sumisión expresa, se plantean las dudas de si los usuarios de Facebook, y en este caso particular, Frédéric, son considerados como consumidores y, por lo tanto, protegidos por los foros de protección del Reglamento. Así lo opinan los tribunales franceses, que consideran que entra en aplicación el art. 18.1 del Reglamento Bruselas I bis, el cual establece la posibilidad de que el consumidor entable su acción ante los órganos jurisdiccionales "del lugar en que esté domiciliado el consumidor". Los tribunales franceses consideran que de esa forma debe ser tratado el caso, puesto que si Facebook se introduce en el ámbito nacional de otro país debe tener en cuenta la aplicación de las normas vigentes en dicho país y no intentar que ante cualquier litigio que un usuario quiera llevar a cabo deba dirigirse ante los tribunales de California (CARBALLO PIÑEIRO, 2015).

VI.2. Derecho aplicable

El Cód.Civ.yCom. contiene una norma de conflicto especialmente diseñada para determinar el derecho aplicable a los contratos concluidos por consumidores, en la que se afirma que diferencia entre el consumidor activo y el consumidor pasivo (SCOTTI, 2017, p. 789), aunque otra interpretación restringe el alcance de la protección a este último, "es decir, a aquel que es buscado por el proveedor" (FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., 2014, p. 959).

El art. 2655 declara aplicable el derecho del Estado del domicilio del consumidor, siempre que se configuren ciertas situaciones alternativas que presenten un vínculo con el territorio del consumidor. Así, es necesario que se trate de una oferta, publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y que el contrato se haya celebrado en ese entorno, en el marco de las actividades del proveedor de los bienes o servicios (art. 2655, letra a). Se hace referencia a la forma de actuar por parte del profesional en el lugar del domicilio del consumidor, donde éste ha cumplido los actos necesarios para la conclusión del contrato, dando a entender que el profesional es consciente de

que está actuando en un mercado ajeno al de su Estado y, por lo tanto, acepta que el conflicto surja en dicho país.

Resulta indiferente la forma en que el profesional realice su actividad comercial o profesional en ese concreto mercado, puede ejercerla mediante establecimientos permanentes –sucursales, agencias o cualquier otra forma de representación comercial– establecimientos temporales –ferias, exposiciones– por medio de vendedores ambulantes enviados al Estado del domicilio del consumidor o ventas por catálogos expedidos a ese lugar, etc. (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, p. 278). Se añade como otra condición espacial, que el proveedor haya recibido el encargo o la petición del consumidor en el país del domicilio de este último (art. 2655, letra b).

El derecho del Estado en que el consumidor tiene su domicilio, es el derecho de previsible aplicación tanto para él como para el profesional, siendo también el que regula el contrato de consumo celebrado por un consumidor que fue inducido por el proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar allí su pedido (art. 2655, letra c). En este caso, la contratación puede haber sido precedida por cualquier negociación o actividad por parte del proveedor o productor, en especial el envío de publicidad, correspondencia, e-mails, premios, invitaciones a ofertar y demás actividades semejantes dirigidas a la comercialización de productos y servicios y a la atracción de clientela (art. 9º del Proyecto de Convención presentado por Brasil al Foro de Expertos para la preparación de la CIDIP VII).

Finalmente, el precepto incluye los contratos de viajes organizados, que son aquellos que, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento. Se mantiene el mismo punto de conexión, domicilio del consumidor, al momento de fijar el derecho aplicable al contratante de un paquete turístico, por ser la parte más débil de la relación jurídica (art. 2655, inc. d)). El resto de los servicios turísticos –excursiones guiadas, *city tours*– quedan regidos por el derecho del país del lugar de cumplimiento y, en su defecto, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración (BOGGIANO, 2017, p. 746).

Si el contrato de consumo no se ajusta a los supuestos mencionados, el domicilio del consumidor desaparece como conexión para designar el derecho aplicable. En ese caso, el art. 2655 manda aplicar el derecho del país del lugar de cumplimiento. La concreta ubicación del lugar de cumplimiento en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos, la realiza el art. 1109, considerando que ese lugar “es aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación”. Cuando se trata de un contrato entre ausentes, la perfección de la relación jurídica “se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada” (art. 2652).

Ante la imposibilidad de determinar el lugar de cumplimiento del contrato de consumo, emerge el lugar de celebración como última conexión del art. 2655 para seleccionar el derecho rector de dicho contrato.

Esta norma de conflicto puede complementarse con las contenidas en el cap. 3 relativo a las modalidades especiales del contrato de consumo, en especial, aquellas que tiñen de internacionalidad al acto jurídico.

El art. 1104 comprende dentro de la categoría de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales del proveedor: i) “el que resulta de una oferta o propuesta sobre un bien o servicio concluido en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, en la vía pública o por medio de correspondencia”; ii) “los que resultan de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio”.

El art. 1105 se ocupa de los contratos celebrados a distancia entre un proveedor y un consumidor, a los que el texto caracteriza por el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, que son aquellos que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. Para despejar cualquier duda al respecto, el precepto enuncia como medios de transmisión los “postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa”.

El tratamiento específico de la utilización de medios electrónicos, se desprende del art. 1106 (declara cumplida la exigencia que el contrato con el consumidor o usuario conste por escrito, si el contrato contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar); art. 1107 (obligación del proveedor de informar al consumidor sobre los medios electrónicos utilizados para la celebración del contrato de consumo a distancia, para usar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos); y art. 1108 (vigencia de las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares y el deber del oferente de confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación).

En el plano de la regulación interna, se ha previsto la contratación por medios electrónicos, no obstante, el título IV comprensivo de las disposiciones de derecho internacional privado, guarda silencio para la determinación del tribunal competente y del derecho aplicable en materia de relaciones de consumo online. Esta omisión ha dado lugar a numerosas propuestas doctrinarias y a una innumerable actividad jurisprudencial (FELDSTEIN DE CÁRDENAS, 2004).

VII. Autonomía de la voluntad

VII.1. Rechazo

El art. 2651 del Cód.Civ.yCom. aborda la cuestión del derecho aplicable a las obligaciones contractuales que emergen de una relación entre partes con igual poder de negociación, a quienes las autoriza a elegir el derecho rector de los contratos internacionales y a establecer el contenido material de estos e incluso incorporar cláusulas materiales excluyentes de las normas coactivas del derecho elegido, aunque elimina esta facultad cuando se trata de contratos de consumo, tal cual lo expresa el párrafo final del precepto.

La situación de especial vulnerabilidad del consumidor aconseja impedir que la elección de un derecho por vía de contratos con cláusulas generales predispuestas, los contratos de adhesión, imposibilite aplicar las normas internacio-

nalmente imperativas pensadas a favor del consumidor por los legisladores de su país con el fin de asegurar el equilibrio entre los contratantes. La imposición de estas normas de aplicación inmediata por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad, surge del propio art. 2599 del Cód.Civ.yCom. cuando señala que no pueden ser dejadas de lado por el derecho extranjero elegido por las partes, sin que ello implique olvidar que el Cód.Civ.yCom. prohíbe la autonomía de la voluntad conflictual en las relaciones de consumo.

Como consecuencia de su fundamento y los intereses que tutelan, las normas imperativas del derecho argentino desempeñan “un elemento esencial en la configuración y expresión del orden público, institución determinante en situaciones concretas de la eventual inaplicación de las normas del ordenamiento extranjero al que se remite la regla de conflicto” (DE MIGUEL ASENSIO, P. M., 2001, p. Introducción). El mismo autor se encarga de explicar que si bien el razonamiento y la técnica aplicativa de las normas del foro son en principio diferentes, por un lado, normas materiales imperativas, por el otro, orden público, los resultados prácticos de la aplicación de estas dos técnicas son coincidentes (párr. 6).

Los Principios sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales (La Haya, 19 de marzo de 2015), destacan que el objeto esencial de este instrumento no vinculante, consiste en promover la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos comerciales internacionales, porque aporta una mayor previsibilidad y seguridad jurídica (Preámbulo). Cuando se determina el ámbito de aplicación de los principios, se excluyen expresamente algunas categorías de contratos en los que el poder de negociación de una de las partes (consumidores y trabajadores) es presumiblemente menor (art. 1º).

Los Principios constituyeron la fuente de ley 5393 de 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay “Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”, por ende, elimina del marco normativo a los contratos de consumo (art. 1º). La supresión “se infiere además porque la disposición requiere que en la relación

jurídica contractual internacional las partes actúen en ejercicio de su negocio o profesión y en una relación de consumo sólo una de las partes se ubica en tal posición” (RUIZ DÍAZ LABRANO, 2016).

VII.2. Recepción normativa

Al igual que en materia de competencia judicial, el Reglamento 593/2008 (Romal) sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales tampoco aceptó una autonomía de la voluntad sin límites en contratos de consumo, porque si bien admite la posibilidad de que las partes acuerden someterse a la ley de otro país, especifica que no se podrán dejar de lado las disposiciones imperativas de la ley del Estado de la residencia habitual del consumidor que lo protejan en el ámbito comunitario, esto es, las Directivas específicas de protección (art. 6.2).

La ley elegida por los contratantes sólo se aplicará, si ofrece mayor protección jurídica al consumidor que la brindada por la ley de su residencia habitual (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, p. 283).

VII.3. Propuestas de recepción

International Law Association: en la 77ª Conferencia Bienal Internacional –Johannesburgo del 7 al 11 de agosto de 2016– el Comité de Protección Internacional de los Consumidores, logró la aprobación de la Resolución nro. 1/2016, que contempla las Recomendaciones de Johannesburgo y la Guía para las Mejores Prácticas en materia de protección internacional del consumidor.

Las Recomendaciones destacan que la protección del consumidor debe ser un principio adoptado por los Estados en las transacciones nacionales e internacionales. Con relación a estas últimas, debe ser acogida en la legislación interna una protección especial al consumidor transfronterizo, cuando se trata de definir la jurisdicción internacional y la ley aplicable.

En materia de turismo, se recomienda el recurso a la cooperación internacional para fines

de tutela al consumidor. Igualmente, se hace mención a la necesidad de adopción de uno de los modelos de protección del consumidor en cuanto a ley aplicable al contrato internacional de consumo, contenidos en la Guía de Mejores Prácticas. La Guía comprende cuatro modelos que aceptan que el contrato internacional de consumo se rija por la ley elegida por los contratantes si se verifican ciertas exigencias.

La Propuesta de Buenos Aires para un proyecto de Convención interamericana sobre derecho aplicable a algunos contratos y transacciones internacionales de consumo, tiene como objetivo otorgar mayor seguridad jurídica a todas las partes en esos contratos. El régimen jurídico acepta la autonomía de la voluntad conflictual en las contrataciones internacionales concluidas por el consumidor con los profesionales y proveedores de bienes y servicios. Para determinar el derecho rector del contrato que brinde una protección más favorable para el consumidor, se trata a los consumidores de manera diferente, dependiendo de si están presentes en el Estado de su domicilio o fuera de éste en el momento de la contratación.

Las transacciones internacionales realizadas estando el consumidor en el Estado de su domicilio, especialmente en contratación a distancia, se rigen por el derecho elegido por las partes entre las siguientes soluciones: i) del domicilio del consumidor; ii) del lugar de celebración; iii) del lugar de ejecución; iv) de la sede del proveedor de los productos o servicios; “dicho derecho será aplicable siempre que fuera más favorable al consumidor” (art. 4.1).

El art. 5º se ocupa del turista o consumidor activo, que es aquel que motiva la contratación fuera del Estado de su domicilio y determina el derecho aplicable a través de una regla principal y otra subsidiaria. La primera, admite la posibilidad que sean las partes las que seleccionen el derecho aplicable al contrato, “quienes pueden optar válidamente por el derecho del lugar de celebración del contrato, del lugar de ejecución o del domicilio del consumidor”.

A falta de elección válida del derecho por las partes, la regla subsidiaria manda aplicar a los contratos celebrados por el consumidor el dere-

cho del lugar de celebración, a la vez que considera que dicho lugar es donde el consumidor y el proveedor se encontraran físicamente para la conclusión del contrato (art. 5.2).

El mundo tiende hoy a instaurar un mercado único y globalizado, donde cada uno de nosotros somos un ejemplo de ese deseo a acceder al consumismo internacional. De allí que, en aquellos sectores en que existe una política de protección del contratante más vulnerable, “las soluciones del DI Privado se ajustan para incorporar esa política de protección, adaptándola a las especificidades y necesidades del tráfico internacional” (GONZÁLEZ CAMPOS, Julio, 1995, p. 167). La misión del ordenamiento legal, a más de resultar justo, debe otorgar certeza a los negocios que involucra. Este régimen especial debe encontrar el debido punto de equilibrio de protección del consumidor, que también atienda a los legítimos intereses del proveedor y de todos los integrantes de la sociedad (CIURO CALDANI, 1991. Nro. 18).

Referencias bibliográficas

BAROCELLI, S. S., “Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo

Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, Ed. La Ley, 2015.

BOGGIANO, A. “Tratado de Derecho Internacional Privado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, t. II.

CAMPUZANO DÍAZ, B., “Las normas de competencia judicial del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: Análisis de la reforma”, *Revista electrónica de estudios internacionales*. 2014.

CARBALLO PIÑEIRO, L., “Cartas Blogatorias. El blog de los litigios internacionales”, Recuperado el 10 de mayo de 2017, *Facebook y las cláusulas abusivas (elección de foro)*, Francia ,26 de marzo de 2015.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I”, Ed. Colex, Madrid, 2009.

CIURO CALDANI, M. Á., “Hacia la protección equilibrada del consumidor en el Derecho Internacional Privado”. *Investigación y Docencia*, 1991, nro. 18. ps. 35 y ss.

La reforma procesal: enfoque sistémico

Por Jorge A. Rojas

SUMARIO:

I. Introducción.– II. El escenario existente.– III. El enfoque sistémico de la reforma.– IV. A modo de reflexiones finales.

I. Introducción

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha diseñado un plan de trabajo que ha denominado Justicia 2020, a través del cual persi-

gue un diálogo institucional y ciudadano cuyo objetivo primordial consiste en la elaboración, implementación y evaluación de políticas para construir, junto a la sociedad, una justicia que genere resultados socialmente relevantes y per-

mita la solución de los conflictos en forma rápida y confiable.

Desde luego estamos aludiendo a la reforma procesal civil y comercial que de algún modo se impone, no sólo porque el sistema actual se encuentra totalmente agotado, sino porque además se está avanzando en forma desorganizada en la elaboración de reformas que –sin dudas se inspiran en objetivos por demás loables– no tienen una meta común diseñada de antemano, sino que se agota en aspiraciones y concreciones legales que no se pueden corporizar en la realidad.

Sirva como ejemplo de ello, la ley 25.506 de Firma Digital, o bien la ley que crea el expediente electrónico 26.685, aspiraciones legales ambas de valioso contenido, pero que en la realidad encuentran reparos para ser concretadas.

Por esa razón es de sumo interés la vía a través de la cual el plan del Gobierno Nacional, pretende implementar un diálogo de carácter institucional y ciudadano, que ya en la realidad ha cobrado vida logrando la participación de una gran cantidad de interesados en brindar sus opiniones, o sus propuestas, todas con el fin de apuntar a una reforma que mejore el sistema de justicia civil y comercial.

De eso se tratan estas líneas para conocer que avances se han logrado en este aspecto y las expectativas que puede generar una reforma de esta índole.

II. El escenario existente

Desde luego que una reforma implica un cambio que proyecta una innovación para mejorar algo existente, y en el conjunto de personas designadas por el Ministerio de Justicia para trabajar en las bases de esta reforma, existió consenso en aquellos inconvenientes que se generan en el sistema de justicia actual.

No debemos olvidar que nuestro Código Procesal era una obra excelente, pero que data del año 1967, habiendo tomado los avances más importantes que provenían tanto de la doctrina italiana como alemana.

Sin embargo, tampoco puede obviarse que la ley 17.454 que corporizó aquel código en 1967, fue modificada por diversas leyes. En el año 1973 por la ley 20.497, en 1977 por la ley 21.798, en 1981 por la ley 22.434, en 1995 por la ley 24.573, en 2001 por la ley 25.488, en 2005 por la ley 26.061 y en 2010 por la ley 26.589.

Se puede advertir de ello, que todas las reformas se daban cada 6 años o cada 4, sólo el interregno más amplio se produjo entre 1995 y 1981, es decir 14 años. No tiene mucho sentido obtener un promedio del tiempo en que se realizaban reformas, sino saber si los resultados fueron los esperados y la respuesta negativa cae de maduro.

Sólo tomaremos a modo de ejemplo, para destacar la insatisfacción que genera no sólo en los operadores jurídicos la andanada de reformas que se llevaron a cabo, sino fundamentalmente en el justiciable que es quien espera un adecuado servicio de administración de justicia, la expectativa que propone la reforma apuntada por el Ministerio de Justicia y la realidad existente.

En las bases del plan de trabajo Justicia 2020, se ha previsto la formulación de un nuevo código procesal, que supere las inconveniencias que genera el sistema actual y pueda introducimos en un nuevo orden de trabajo.

Para ello se apunta primordialmente a partir de la reforma constitucional del '94 y de la jerarquía que han adquirido los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que imponen el reconocimiento del deber del Estado Nacional de respetar el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, que todo ello se logre dentro de un plazo que resulte razonable.

La razonabilidad del plazo de los procesos, es de toda evidencia que se requiere implementar no solo desde la letra de la ley, sino que se corporice concretamente a través de sistemas que resulten efectivos, para lo cual resulta imprescindible tener en cuenta la índole de los conflictos a superar.

Para ello una de las propuestas consiste en fomentar la intermediación entre el juez y las partes, evitar la delegación de funciones y concentrar la actividad procesal evitando formalidades irrelevantes.

Una de las vías previstas para ello apunta al diseño de un proceso por audiencias, en donde la oralidad cumpla un rol fundamental, con intermediación y concentración, apuntando a transformar un sistema lento e ineficiente en uno ágil, sencillo y accesible, de modo de permitir la intermediación entre el juez, las partes y sus abogados y la prueba.

En la realidad, se puede tomar a modo de ejemplo, los avatares por los que transcurrió la audiencia preliminar y los magros resultados que se obtienen aun en la actualidad, pese a la gran cantidad de reformas que existieron para su regulación.

En el año 1953, a través de la ley 14.237, se pretendió la implementación de la audiencia preliminar, la que poco tiempo después, por vía de decreto (de un gobierno de facto), se la dejó sin efecto, señalándose para ello que los operadores jurídicos no estaban preparados para su adecuado manejo.

Este detalle es de suma importancia pues –por entonces– se reflejó no sólo con el asentimiento de la jurisdicción, sino además de la doctrina, convalidándose así su supresión.

En el año 1967 la ley 17.454 a través de la cual fue sancionado el actual Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no la incorporó, sin perjuicio de lo cual en una reforma posterior, la que vino puesta a través de la ley 22.434 en el año 1981, se la introdujo en el art. 125 bis, de un modo muy peculiar, pues si bien se preveía concretamente, la redacción que se le había impreso a la norma era potestativa, con lo cual, sus resultados fueron magros sino nulos.

En el año 1995, se la introdujo a través de la ley 24.573, llamada “Ley de Mediación y Conciliación”, lo que daba la pauta, ya desde su denominación que su implementación a través del art. 360, tal como se encuentra actualmente re-

gulada, hacía que se presumiera que se trataba de una audiencia conciliatoria, lo cual era parcialmente cierto, pues es de destacar que ése era uno sólo de sus aspectos.

La diferencia fundamental a tener en cuenta con la regulación anterior, es que ahora la ley disponía con carácter imperativo, que el juez es quien “deberá” tomar la audiencia preliminar. El resultado fue un nuevo fracaso, no sólo porque los jueces no tomaban la audiencia preliminar, sino que además no se la tomaba como correspondía, para el caso de asumir que no era necesaria la intervención del juez.

Eso hizo que en el año 2001 la ley 25.488 volviera sobre esa misma situación que se había generado, que no era otra que el juez se pusiera al frente del conflicto que llegaba al seno de su tribunal.

Para ello se le dio una vez más una nueva redacción al art. 360 y se señaló –nuevamente con carácter imperativo– que el juez debía tomar la audiencia preliminar y se agregó además que su actuación resultaba indelegable.

El resultado fue que algunos jueces –muy pocos– comenzaron a tomar la audiencia preliminar, en la mayoría de los casos en forma inadecuada, siendo muy pocos aquellos que toman la audiencia preliminar como corresponde. Esto es, tal como lo dispone el art. 360, cuya lectura exime de mayores comentarios.

Finalmente la ley 26.589, en el año 2010, volvió nuevamente a modificar el art. 360 con la expectativa de acercar a los jueces a tomar la audiencia preliminar como corresponde, a cuyo efecto buscó una salida diversa, concibiendo en el primer inciso de esa norma la posibilidad de que el juez advierta posibilidades de superar el conflicto por una vía no jurisdiccional, para lo cual se encuentra habilitado a remitir las actuaciones nuevamente a mediación, o bien proponer otras formas que resulten alternativas para no tener que transitar las partes por un proceso y buscar un pronunciamiento dirimente sobre los derechos en disputa.

Como se puede apreciar, desde su instauración en el año 1953, hasta el presente transcurrieron

65 años, período en el cual se sucedieron seis leyes, una de ellas el actual Código Procesal de 1967 que directamente no la reguló, y con ninguna de esas leyes se logró la verdadera operatividad de la audiencia preliminar.

Es de destacar que en todos los casos existe un denominador común, que apunta a la función que deben cumplir los jueces en esa audiencia, y que es claro que no se lleva a cabo, razón por la cual parecería –sin mayor esfuerzo– que más que buscar leyes que regulen ese tipo de institutos, debería apuntarse a la formación de los operadores jurídicos para su manejo.

Cuando aludimos a operadores jurídicos, no sólo involucramos a la figura del juez, sino también a la del abogado que ejerce su profesión como tal en forma liberal, pues se requiere una capacidad de negociación que tenemos que poner en duda si la tiene.

Esa capacidad de negociación no se restringe a una técnica de “regateo”, sino que se expande a una negociación sustancial sobre el fondo del conflicto, para lo cual corresponde saber cómo abordarlo, cómo administrarlo, cómo encauzarlo y para todo ello existen diversas técnicas, p. ej., para evitar escaladas que entorpezcan un camino de negociación, o p. ej., conocer técnicas de comunicación para determinar donde pueden aparecer los ruidos que la entorpezcan, pero además de todo eso, conocer técnicas que permitan una negociación de índole procesal, que son las que van a permitir –junto a la labor que le cabe a la jurisdicción– la depuración del proceso preparándolo si no es para su extinción por lo menos para su simplificación.

Dentro de este escenario que actualmente tenemos, existe un avance en el desarrollo de un proceso por audiencias, para suprimir el proceso de conocimiento actual, por un nuevo diseño que refleje un sistema que permitan superar inconvenientes como los señalados.

III. El enfoque sistémico de la reforma

Como se puede apreciar del ejemplo antes expuesto, las sucesivas reformas al Código Proce-

sal Civil y Comercial de la Nación no dieron los resultados buscados debido a que, en términos generales, dejaron inalterada la situación que pretendían superar y, no fueron acompañadas de los recursos necesarios para implementar los cambios.

De ahí que haya sido una de las metas fijadas por el plan Justicia 2020 para el área civil y comercial, que esta tarea que se va a llevar a cabo que tenga un enfoque sistémico, complejo, multidisciplinario e integral, con perspectiva de política pública.

Por esa razón, el nuevo código que se elabore sólo constituirá un pilar de la reforma del sistema de justicia para el área civil y comercial, ya que debe ser complementado con otras reformas igualmente relevantes.

El enfoque sistémico permite advertir que un proceso judicial no se circunscribe sólo a un expediente en el cual existe dos partes enfrentadas por un conflicto y un juez que va a dictar una sentencia de mérito para dirimirlo.

Ese enfoque va mucho más allá y permite advertir que el aspecto antes señalado es la superficie del sistema, es lo que se ve cotidianamente al punto de llegar a su naturalización, pero que no permite que omitamos todos los insumos que son necesarios para el desarrollo de un proceso en sede judicial.

Todos esos insumos son tecnológicos, de infraestructura –como edificios– materiales, económicos, entre otros, sin los cuales el proceso no puede convertirse en una vía apropiada para brindar un adecuado servicio de administración de justicia.

Pero dentro de todos esos insumos que resultan imprescindibles para desarrollar un proceso judicial, uno de los más importantes son los insumos humanos, que desde luego no se agotan en la figura del juez, sino que abarcan a todos los integrantes de la oficina judicial, a los abogados, y a todos los auxiliares de la justicia, con todos los cuales se debe emprender una tarea de preparación adecuada para el manejo del sistema que sea diseñado, sin todo lo cual es altamente

probable que el sistema vuelva a tener un nuevo fracaso, como sucedió con el código del año 1967.

Y ello no se debía a que ese código fuera un mal código. Ya lo había adelantado Clemente Díaz en sus Instituciones de Derecho Procesal Civil, al señalar que no debía esperarse de ese código la panacea para resolver los problemas que presentaba el funcionamiento de la justicia, porque un código excelente, manejado por gente que no resultaba idónea, o no tuviera la preparación adecuada, seguramente no daría los resultados esperados.

Del mismo modo, agregaba Díaz, un código que no sea de excelencia, manejado por gente adecuadamente preparada y comprometida con su tarea, puede dar resultados satisfactorios.

Y esto es un reflejo de lo que viene sucediendo en el país, con tantas reformas procesales que sólo reflejan “parches” para intentar una mejora, sin advertir que ese camino, por lo menos tomando el ejemplo de la audiencia preliminar antes señalado, hace 65 años que lo venimos transitando, obteniendo siempre los mismos magros resultados que no deseamos.

Enfocar sistémicamente una tarea significa precisamente eso, es decir no transitar siempre el mismo camino, esperando que mágicamente el resultado que se obtenga sea diverso al que ya se conoce.

Prácticamente, casi constituye una deformación que siempre se apunte a la letra de la ley para querer generar desde allí un cambio, cuando en verdad lo que corresponde es empezar a transitar con una mirada distinta esas realidades, advirtiendo que cada una de las partes que conforman un todo, si bien tienen particularidades propias que la distinguen, si la idea es su total, ver como se abordan los problemas que presentan cada una de esas partes para que el todo esperado sea logrado.

Desde luego que todo ello no se puede lograr con la facilidad que significaría hacer una ley, y perseguir que todos aquellos que tienen que aplicarla lo hagan de la manera que esperan sus autores.

Por esa razón, “el gradualismo”, tan en boga en estos tiempos, en el desarrollo de una concreta política judicial, podría dar respuesta a un avance en la generación de un sistema de justicia civil que resulte eficiente.

Para ello, la mirada sistémica requiere que se afecten todos los esfuerzos a trabajar en todas las líneas que permitan la implementación del nuevo sistema.

Esto es, pensando en la infraestructura edilicia, contar con las comodidades mínimas indispensables en los tribunales para desarrollar un proceso judicial, en donde se apunta a la oralidad y la concentración de tareas propendiendo así a una mayor economía procesal.

Cuando se alude a los insumos económicos, determinar que se cuenta con el presupuesto necesario para llevar a cabo las reformas que resulten imprescindibles, sean edilicias, sean técnicas, sean materiales, esto es la compra de equipos adecuados, la compra de los insumos tradicionales que sean necesarios, de modo de permitir el óptimo funcionamiento de un tribunal de justicia.

Sirva como ejemplo, el sistema utilizado en materia de notificaciones. Es muy importante el avance que se ha logrado, pero obsérvese que ello ha sido puesto por vía de acordadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, propendiendo a la concreción de la ley 26.685.

Y en este punto sería importante determinar sino resultaría conveniente que el Máximo Tribunal –al igual que sucede en algunos países– sea quien a través de una oficina específica al efecto, suministre la retroalimentación adecuada al sistema para su mejor operatividad.

La dinámica de esta tarea, impone no sólo la elaboración de la normativa adjetiva que interesa, sino como se va a llevar a cabo su implementación, su impacto en los operadores jurídicos, y los efectos que se provocan. Líneas toda a desarrollar desde una concreta política pública para el ámbito judicial, toda vez que es de interés de toda la comunidad.

Todo ello no es necesario que se piense en miles de millones de pesos que requiere su im-

plementación, sino como bien se ha señalado en las bases de la reforma, al aludir al enfoque sistémico que se pretende observar, que se tenga en cuenta que se trata de una tarea no sólo compleja, sino además multidisciplinaria, lo que implica que especialistas en algunos temas, como el atinente a los sistemas informáticos, brinden el apoyo necesario para su adecuada operatividad.

Un ejemplo a tomar en cuenta sería la convocatoria a la Facultad de Ingeniería de la Universidad de Buenos Aires, para que brinde su apoyo a toda esta tarea a través de sus propios profesores, especialistas en sistemas, que resultan sin dudas los mejores en la materia, para diseñar aquello que consideren más adecuado a los fines que el proceso resulte una herramienta de manejo sencillo, ágil y seguro.

La integralidad de la reforma que se persigue, no se restringe exclusivamente al ámbito civil y comercial, sino que el plan de Justicia 2020 ha diseñado otros ámbitos de actuación, como el atinente al proceso colectivo, o el del proceso de familia, entre otros, que los ha diversificado advirtiendo la necesidad de implementar otro tipo de herramientas para su manejo.

Esto apunta a aventar un debate que era probable que se diera, que es el de la codificación o descodificación, con lo cual optando el Ministerio por ésta última vía, es importante que el nuevo código procesal que se diseñe tenga un efecto radial con respecto a los restantes ordenamientos, de modo de permitir una referencia de base como la que existe actualmente.

No se debe pasar por alto que el Código Procesal actual, se aplica supletoriamente en diversos ordenamientos independientes, como la ley de Procedimiento Laboral, La Ley de Concursos y Quiebras, o la llamada Ley de Solidaridad Previsional, hasta el mismo Código Procesal Penal, entre otras.

Con lo cual, este aspecto no puede ser perdido de vista, porque la referencia que remite al ordenamiento central, no tiene que desvirtuar los fines de los otros que son particulares y específicos para un ámbito determinado.

Como se puede apreciar de lo expuesto, hemos dejado sin abordar el tratamiento de uno de los insumos más importantes que es el humano, para lo cual resulta imprescindible la preparación del operador jurídico.

Mal puede pretenderse que el abogado sepa negociar, y utilice como herramienta la oralidad, sino se lo prepara para una cosa ni la otra. Menos aún se enseña con el tiempo y la profundidad que se requiere el Derecho Procesal, por ende la primera pregunta que surge es saber si un abogado está preparado para llevar a cabo una negociación procesal.

Evidentemente la respuesta negativa también cae de maduro, y esos abogados, luego ejercerán en forma liberal la profesión o serán jueces, con lo cual parece que se puede advertir sin mayor esfuerzo, que no podemos pretender que un sistema de oralidad y concentración, funcione si los operadores están preparados inadecuadamente a esos fines, no solo porque no se estudia con la intensidad que se requiere el Derecho Procesal, sino que además no existen prácticas adecuadas en esa línea, lo que implica una concreta revisión de planes de estudios que datan de largas décadas de antigüedad.

IV. A modo de reflexiones finales

En las bases que se están delineando en el Ministerio de Justicia para encarar una reforma procesal civil, se ha avanzado en la necesidad de implementar un proceso por audiencias.

Esto es un proceso que tenga demanda y contestación por cierto por escrito, una audiencia preliminar, el desarrollo de la prueba que no es por declaración y el cierre del debate con una audiencia de vista de causa en donde se reciba la declaración de las partes y la prueba testimonial para pasar luego los autos para definitiva.

Además se ha previsto la implementación de un proceso monitorio, para algunos procesos que actualmente el código señala como procesos especiales, como el desalojo, o la división de condominio entre otros.

Por último, se tiene previsto el abordaje de un proceso de menor cuantía, para aquellas causas que no ofrezcan mayor complejidad y por su cuantía no justifiquen el desarrollo de un proceso por audiencias.

La clave está en cuestionarnos si se ha fracasado en la audiencia preliminar del modo que fuera expuesto, si se puede pensar en un tribunal unipersonal con una audiencia de vista de causa, o evidentemente el sistema de trabajo no pasa por el diseño de una estructura procesal sino por otros aspectos sin descartar de plano aquellos.

El derecho comparado nos ofrece como vitrina para su apreciación, una tarea muy interesante desarrollada por los ingleses que también veían ineficaz su proceso civil.

Para ello se encomendó a Lord Wolf, la elaboración de un informe que permitiera detectar las fallas del sistema y sus vías de superación.

Como resultado de esa experiencia Lord Wolf propuso a fines de la década de los '90 transformar el manejo de los procesos judiciales dejando de lado el carácter adversarial del litigio.

Para eso propuso una mayor oralidad y una tarea específica del juez en la instrucción del proceso, todo lo cual quedó concretado en la *Civil Procedure Rules* de 1998, en donde se concibieron los *management powers*, esto es los poderes de los que se investía al juez –según las características de cada causa– convirtiéndose así la dirección del proceso en la clave para el desarrollo de un proceso judicial mucho más simplificado.

Y ello muestra la importancia que tiene partir de la base del conflicto generado entre las partes, y el agotamiento de ellas en su manejo, para pasar así a ser una prioridad de la jurisdicción que se debe encargar de su encauzamiento.

El juez y sus auxiliares del Tribunal son los encargados de asegurar la existencia de un balance entre la complejidad del caso, las técnicas procesales que se van a utilizar y los costos involucrados.

Para ello –al igual que se viene avanzando en las bases– se diseñaron tres procesos diversos, que se aplican según la complejidad del caso.

Un primer sistema es el llamado “*small claim track*” para casos no superiores a un determinado monto (allí se fijó en cinco mil libras), haciéndose a su vez una distinción con un monto límite menor si los daños son personales o a inmuebles. Pero en definitiva este sistema puede ser asimilado al sistema de pequeñas causas establecida en el proyecto sobre el que se está avanzando, en el cual el juez simplifica el trámite y hasta puede relevar a las partes de las audiencias, luego de su tarea de instrucción.

Un segundo sistema se denomina “*fast track*”, el cual está previsto para conflictos cuyo monto oscile (allí se fijó entre cinco mil y quince mil libras). En donde la complejidad de la causa ya es mayor pero sigue estando en manos del juez su abordaje y desarrollo.

Y por último existe un sistema para casos superiores a ese monto, desde luego de mayor complejidad denominado “*multi track*”, en el cual se le otorgan mayores facultades al juez no sólo para sanear el proceso a través de su mayor intermediación sobre la prueba, sino además para conminar a las partes a involucrarlas directamente a partir del principio de colaboración en las tareas que quedarán a cargo de cada una de ellas.

Como se puede apreciar, más allá de la coincidencia en la distinción de tres tipos procesales diversos, lo cierto es que el acento está puesto no en la estructura procesal en sí misma, sino en el conflicto y la función que le cabe a la jurisdicción para posicionarse delante de él, cuando le es sometido a su jurisdicción, y no al final cuando tiene que dictar sentencia, siendo un caso más, como sucede en nuestra realidad, sin conocer a las partes, ni siquiera la conflictiva que ellas mismas puedan transmitir *in voce* a la jurisdicción.

Por esa razón, resulta sumamente valioso que se haya puesto el énfasis en la tarea desplegada por el plan Justicia 2020, del Ministerio en fomentar la intermediación entre el juez y las

partes, que traducido debe interpretarse entre el juez y el conflicto que como fuera señalado es la materia prima que debe ser elaborada por los operadores jurídicos.

Para ello, es imprescindible advertir –como lo ha hecho recientemente el Código Civil y Comercial de la Nación– que estamos enfrentados a un nuevo paradigma en el mundo jurídico a partir de la sanción de la Constitución del '94 y, la asimilación a ella de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que ha hecho que se deje de lado el iuspositivismo legalista clásico para pasar a un Estado de Derecho Constitucional.

Por ello, no sólo es importante la letra de un nuevo código, sino la definición de los mecanismos de implementación a través de los cuales se va a llevar a cabo, de ahí la necesidad de observar un gradualismo que resultará adecuado para su desenvolvimiento.

Ello requiere establecer –a partir del enfoque sistémico que se propugna– mecanismos de monitoreo y evaluación que generen la retroalimentación del sistema que lleve a la necesidad de mantener un diálogo abierto, que es de la esencia de los sistemas, para generar ámbitos adecuados de mejoramiento del sistema.

Todo ello se puede convertir en una gran aspiración si no tenemos en cuenta la importancia de acentuar la formación de los operadores jurídicos, no solo para el manejo del sistema que se diseñe, sino para abordar las pautas culturales que existen, dejándolas de lado por aquellas que resulten más apropiadas a este cambio que se impone, toda vez que el derecho como producto cultural no puede ser mejorado en tanto y en cuanto no modifiquemos esas conductas estereotipadas que en la más de las veces resultan nocivas para un sistema.

El desarrollo de toda esta tarea si viene puesta como una específica y concreta política pública adoptada por el Estado para el mejoramiento de su sistema de justicia, seguramente va a lograr los objetivos esperados, pues involucrará a todos los poderes del Estado generando un diálogo entre ellos que permitirá alcanzar los objetivos deseados, a través del diseño de las formas que resulten más convenientes, accediendo a su implementación en forma paulatina, sin dejar de lado el enfoque sistémico para superar ansiedades que puedan producir situaciones contraproducentes, para que en el tiempo y con el abordaje de todos los frentes involucrados se pueda reflejar una nueva realidad en el funcionamiento del sistema judicial.

Una publicación de ©**AbeledoPerrot S.A.**
Tucumán 1471 (C1050AAC),
Cdad. de Buenos Aires, Argentina
Te.: 0810 222 5253
Mail: tr.serviciosalcliente@thomsonreuters.com

Se terminó de imprimir en la segunda quincena de septiembre
de 2017 en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I.
Bernardino Rivadavia 130 - Avellaneda
Pcia. de Buenos Aires, Argentina
RNPI 5074812