

ISSN 0329-9430

**Revista de la
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO**

Nº 17 / 18

Homenaje al Prof. Dr. Luis O. Andorno



FDER UNR

**ROSARIO
REPÚBLICA ARGENTINA
2005-2006**

Revista de la
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Nº 17 / 18

Homenaje al
Prof. Dr. LUIS O. ANDORNO

Años 2005-2006

Salvo indicación expresa, la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario no se identifica necesariamente con las opiniones y juicios que los autores sostengan.

AUTORIDADES DE LA FACULTAD

Decano

Dr. RICARDO I. SILBERSTEIN

Vicedecano

Dr. CARLOS A. HERNÁNDEZ

Secretaria Académica

Dra. MARIANA IGLESIAS

Subsecretario Académico

Dr. EMILIANO DÍAZ

Secretario de Ciencia y Técnica y Programación Docente

Dr. GUSTAVO M. NADALINI

Secretario de Extensión Universitaria

Dr. GERARDO MUÑOZ

Secretario de Asuntos Estudiantiles

Dr. MARCELO MARCHIONATTI

Subsecretaria de Asuntos Estudiantiles

Dra. ANA CLARA MANASSERO

Secretario de Relaciones Institucionales

Dr. JULIO GENESINI

Secretario Financiero

CPN FLAVIO GIACOMINO

Secretaria Administrativa

Sra. IRMA VÉLEZ

Director de la Escuela de Graduados

Dr. MIGUEL A. ARAYA

Presidente de la Cooperadora de la Facultad de Derecho

Dr. ALEJANDRO MENICOCCI

CONSEJO DE REDACCIÓN

Consejo Asesor de Investigaciones (Referato)

Dir. Dr. MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

Coordinación de este Número

Dra. NOEMÍ NICOLAU

Secretaría de Ciencia y Técnica y Programación Docente

Dr. GUSTAVO M. NADALINI

CONSEJO DIRECTIVO

Consejeros Directivos Docentes

Titulares

Dr. Daniel Erbetta	Dr. Ernesto Granados	Dr. Alfredo Althaus
Dr. Mario Chaumet	Dra. María Cristina Vélez	Dr. José María Lombardero
Dra. Myriam Pasquinelli	Dr. Jorge Sthali	Dra. Martha Andrada
Dr. Daniel Boccoli		

Suplentes

Dr. Marcelo Vedrovnik	Dra. Carina Lurati	Dr. Benito Aphalo
Dra. Georgina Depetris	Dr. Gustavo Nadalini	Dra. Andrea Meroi
Dr. Carlos Carbone	Dr. Daniel Luna	Dra. María C. Torrens
Dra. Isabel Fernández Acevedo		

Consejeros Directivos Estudiantiles

Titulares

Srta. Cristina Bilicich	Sr. Leandro Escobar	Sr. Fabricio Luciani
Sr. Germán Pinto	Sr. Facundo Pagnanini	Sr. Rodrigo Guerrero
Sr. Sebastián Pérez Hernández		Srta. Julieta Saracini

Suplentes

Sr. Miguel A. Narbaiz	Sr. Mauro Álvarez	Sr. Facundo Rodenas
Sr. Maximiliano Ferreyra	Sr. Martín Bozikovich	Sr. Mariano Lamberto
Sr. Abel Castro		

Consejeros Directivos Graduados

Titular

Dr. Luis Horacio Vila

Suplentes

Dra. María Natalia Stambuk	Dr. Mario González Rais	Dra. Daniela Soso
----------------------------	-------------------------	-------------------

Consejeros Directivos No Docentes

Titular

Sr. Ricardo Torrano

Suplentes

Sr. Roque Nardi	Srta. Olga Ferreira	Sr. Enrique Di Simone
-----------------	---------------------	-----------------------

ÍNDICE

<i>Semblanza – Homenaje (Prof. Dr. LUIS O. ANDORNO), por RICARDO I. SILBERSTEIN</i>	11
<i>Un nuevo número de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, por MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI</i>	13

COLABORACIONES DE JURISTAS EUROPEOS INVITADOS PARA ESTE HOMENAJE

<i>La certeza del derecho en la edad de la incertidumbre, por GUIDO ALPA</i>	15
<i>¿Cuál es el rol de la dignidad humana en el bioderecho internacional? A propósito de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005, por ROBERTO ANDORNO</i>	49
<i>Introducción a un Curso de Derecho de las Obligaciones, por FRANÇOIS CHABAS</i>	71
<i>I contratti bancari nel “Codice europeo dei contratti” (Dopo il convegno pavese del novembre 2006), por GIUSEPPE GANDOLFI</i>	77
<i>La tutela del consumidor en la compra y venta de bienes de consumo, por EMANUELE LUCCHINI GUASTALLA</i>	109
<i>El Código Civil de Dalmacio Vélez Sársfield como puente entre el sistema jurídico romanista y el sistema jurídico sínico. Nota introductoria a su traducción al idioma chino, por Prof. SANDRO SCHIPANI</i>	123

COLABORACIONES DE PROFESORES DE LA FACULTAD

<i>El crédito y la deuda, por ALEJANDRO O. ALLIAUD</i>	143
--	-----

<i>Fideicomiso financiero</i> , por MIGUEL A. ARAYA	171
<i>El Derecho del Brasil ante las uniones de hecho</i> , por OMAR U. BARBERO	197
<i>Bases metodológicas para el pensamiento de la justicia en el Derecho Privado</i> , por MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI	205
<i>La quiebra y las relaciones jurídicas no contractuales (y la inexigibilidad de las obligaciones unilaterales frente a la quiebra)</i> , por JUAN MALCOLM DOBSON.	235
<i>Veinte palabras</i> , por RICARDO J. DUTTO	259
<i>Algo más sobre la exclusión de voto en los concursos preventivos</i> , por ERNESTO IGNACIO JOSÉ GRANADOS	269
<i>Unidad y pluralidad en el contrato de fianza</i> , por CARLOS A. HERNÁNDEZ	295
<i>Jurisdicción internacional directa argentina en materia de contratos</i> , por ALEJANDRO ALDO MENICOCCI	313
<i>Extinción de la acción de reducción</i> , por ROBERTO MIGUEL NATALE	355
<i>El “diálogo” de las fuentes en el derecho civil. Un caso: la costumbre frente a la ley en el régimen de las locaciones urbanas</i> , por NOEMÍ LIDIA NICOLAU	373
<i>El orden público y las relaciones de consumo en el Derecho Internacional Privado</i> , por ALFREDO MARIO SOTO	389
<i>“Quo vadis” responsabilidad civil y derecho del consumidor</i> , por ROBERTO A. VÁZQUEZ FERREYRA.	407
<i>Colaboración en el negocio ajeno</i> , por MARIO ANTONIO ZINNY	429

SEMBLANZA – HOMENAJE

Profesor Dr. LUIS O. ANDORNO



La Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario tiene una enorme deuda de gratitud para quien fuera uno de sus más eminentes maestros y formadores de muchas de sus generaciones. El ejemplar de la Revista en que se insertan estas palabras constituye una humilde manifestación de ese merecido reconocimiento que toda la comunidad hoy quiere testimoniar a casi un año de su fallecimiento.

Luis O. Andorno encarnaba la expresión más acabada de la concepción integral de “maestro”. Era un brillante jurista, cuyo conocimiento del Derecho supo expresar en aportes e investigaciones que trascendieron las fronteras de nuestro país. Fue capaz de transmitir durante muchos años esa profundidad conceptual a sus alumnos de grado y posgrado con la sencillez que sólo los grandes logran alcanzar. A ello añadió una bonhomía excepcional que hacía que sus discípulos y estudiantes se acercaran a buscar en él todo cuanto necesitaran, tanto en su faz formativa como personal.

Mantuvo con nuestra Casa de Estudios un invaluable compromiso institucional que lo llevó, muchas veces, a resignar su tiempo individual en pos del engrandecimiento de esta facultad. Así, ejerció la docencia en todos sus niveles y contribuyó a la creación, desarrollo y fortalecimiento de gran parte de las carreras de posgrado, algunas de las cuales se honraron con su dirección. Fue, además, un embajador destacado y permanente ante todas las Facultades de Derecho del país y en

varias de las más prestigiosas Universidades extranjeras. Son testimonio de esa excepcional representación del maestro Andorno los valiosísimos aportes hoy recibidos para integrar esta edición por parte de los más calificados jusprivatistas europeos de la actualidad.

Contribuyó como pocos a fecundar la formación de recursos humanos, especialmente en el campo de la investigación donde supo dirigir con rigor técnico múltiples proyectos que fructificaron en obras que enriquecen la ciencia jurídica y en trabajos de extensión que aportaron significativos beneficios a la sociedad.

Por todo lo dicho, Luis O. Andorno es insustituible; sólo su herencia permitirá mitigar parcialmente su pérdida. Me consuela la certeza de saber que los miembros de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario que represento verán siempre en él un modelo y arquetipo en el cual contrastarse. De allí mi convicción de que don Luis, aun ausente, sigue vivo entre nosotros.

RICARDO I. SILBERSTEIN

Decano de la Facultad de Derecho – UNR

UN NUEVO NÚMERO DE LA REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

En nuestro carácter de director de la *Revista de la Facultad de Derecho* de la Universidad Nacional de Rosario, desde su fundación durante el decanato del doctor Edgardo Diederich y la Secretaría Académica del doctor Juan M. Dobson, y luego de responsable del Consejo Asesor de Investigaciones, a su vez Consejo de Redacción de la Revista en el período transcurrido desde la recuperación de la democracia, hemos podido vivir la evolución de nuestro órgano de comunicación académica y la marcha de nuestra Casa de Estudios a la que sirve con importantes dificultades y sorprendentes éxitos. Aunque sentimos profunda gratitud por las colaboraciones académicas que hemos podido incluir, la gran mayoría de destacable calidad y de evidente representatividad de distintos ámbitos y orientaciones de la comunidad universitaria, y pese a que no sería legítimo dejar de reconocer la dedicación de los demás integrantes del Consejo de Redacción y de los colegas que actuaron en tareas de referato, no podemos desconocer los obstáculos económicos e institucionales que impidieron dar a nuestro órgano la continuidad deseada.

En especial, entre los obstáculos más significativos que ha vivido nuestra Casa, a los que no podemos dejar de hacer referencia, se encuentra el incendio que destruyó gran parte de nuestras instalaciones, pero tuvo la consecuencia de reforzar el compromiso académico de nuestra comunidad universitaria y de la sociedad en general, que mostró su honda identificación con la Facultad, permitiendo una recuperación de alcances quizás antes inimaginables.

Por sus contenidos, por los momentos en que fue produciéndose la preparación y publicación de sus números y por los vínculos que ha establecido con sus lectores y los órganos colegas, en gran medida a través de un amplio canje de destacables proyecciones nacionales y extranjeras, la Revista es un testimonio significativo de la historia de nuestra Casa de Estudios, que se proyecta al presente de este número y a las magníficas posibilidades de nuestro porvenir. Además de su valor intrínseco, la Revista es muy significativa como expresión de nuestro propio ser, que creemos cada día más promisorio. La Revista es, en mucho, testimonio de la alta categoría universitaria, la evolución y la integración social de nuestra Casa.

En el primer número de la Revista se publicó un artículo en que expusimos el significado que atribuíamos al nuevo órgano universitario que entonces nacía, refiriéndonos principalmente a nuestros alcances institucionales, de materia, espacio y tiempo y a la dimensión comunicacional de la Universidad¹. Durante largos años hemos hecho todo lo que estuvo a nuestro alcance para que ese significado se concretara en la realidad. Creemos que en gran parte hemos tenido éxito, y abrigamos profunda convicción de que el camino del mismo continúa abierto y mejorado ante nosotros.

Consideramos de estricta justicia que el presente número esté dedicado a la memoria del profesor doctor Luis O. Andorno, gran jurista y ser humano que durante muchos años honró a nuestra Casa con su excelente tarea de docencia e investigación. No sería justo dejar de expresar, además, el reconocimiento de la Revista y la Facultad a Rubinzal-Culzoni Editores, que hace viable la aparición de este número.

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI
Profesor Titular de la Facultad
Investigador principal del CONICET

¹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Meditaciones sobre la tarea de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Rosario, Año 1, N° 1, junio de 1981, ps. 31-38.

LA CERTEZA DEL DERECHO EN LA EDAD DE LA INCERTIDUMBRE

por GUIDO ALPA*

Much of the uncertainty of law
Is not an unfortunate accident:
It is of immense social value

J. FRANK, *Law and the modern mind*, 1930, p. 7

SUMARIO: 1. La certeza del derecho: ¿fórmula contingente o coexistente del Derecho? 2. La certeza del derecho y los problemas del pasado. 3. El umbral infranqueable de la incertidumbre del Derecho. Algunos episodios de la experiencia italiana. 4. Vitalidad y crisis del Derecho. 5. Certeza del derecho, papel del legislador y papel del intérprete. 6. La certeza del derecho y el Derecho de la economía. 7. La recuperación de la certeza del derecho a nivel constitucional. a) La incertidumbre normativa. b) La incertidumbre hermenéutica. 8. La experiencia de la Corte europea de derechos humanos y de la Corte de Justicia de la Comunidad europea. 9. El auxilio de la hermenéutica. 10. La certeza del derecho fundada sobre el contrato en la economía globalizada. 11. La responsabilidad social del jurista y el límite insuperable de la “incertidumbre”.

1. La certeza del derecho: ¿fórmula contingente o coexistente del Derecho?

Existe una afirmación de Renè Demogue sobre la certeza del derecho, a la que ya se hace referencia como un *dictum* indiscutible en las investigaciones de los estudiosos de este argumento: “C’est un des

* Ordinario de Derecho Civil de la Universidad de Roma La Sapienza. Presidente del *Consiglio Nazionale Forense Italia*.

intérêts dont la législation moderne s'occupe le plus. Donner de la sécurité aux individus, cette idée [...] est à la base de principes très importants concernant soit les sources du Droit, soit le Droit Public, soit le Droit Privé". Estas frases fueron redactadas al interior de las *Notions fondamentales de Droit Privé*, un ensayo de introducción crítica al Derecho Privado escrito en 1911. Demogue, en pocas frases, señala cómo las fuentes del Derecho, así como las dos particiones que lo articulan –el Derecho Privado y el Derecho Público–, están subyugadas por esta fórmula, que él califica como un “principio” general constitutivo del ordenamiento. Pero en este contexto, la certeza del derecho no es sólo un principio, una fórmula técnica, un instrumento del laboratorio de los juristas. Es también un vehículo de tranquilidad y de esperanza para quien cree en el Derecho como medio para hacer efectivas sus pretensiones, para ejercitar su papel en la sociedad, para concluir negocios duraderos, para defenderse de los poderes públicos, para controlar al operador de la administración, para participar en el gobierno de la “cosa pública”. Papel público y papel privado están estrechamente conectados bajo la protección de la certeza del derecho. Estas palabras, después de un siglo, no nos parecen lejanas, nos parecen del todo apropiadas para reflejar el pensamiento de los juristas de hoy. Incluso, se presentan casi como obvias si no las miramos con los ojos maliciosos de los estudiosos de la doctrina pura o del iusrealismo escandinavo o norteamericano. Para algunos, en realidad, la fórmula “certeza del derecho” parece una tautología: ¿puede existir un ordenamiento jurídico que no asegure la certeza (es decir, que se contradiga) o incluso postule la incertidumbre o la haga posible? “El Derecho o es cierto o no es ni siquiera Derecho”, afirmaba hace más de medio siglo Norberto Bobbio, preguntándose sobre la posibilidad de calificar la certeza del derecho como “un mito”.

No obstante, “el máximo grado de certeza del derecho” se encuentra en las palabras expresadas de una forma casi fatídica por Hans Kelsen al concluir *La teoría pura del Derecho*. En efecto, el autor se pregunta en las conclusiones de la obra si tiene sentido la *ficción de la univocidad de las interpretaciones*, y explica que, frente a un texto normativo ambiguo, es lícito pensar que existe una sola interpretación posible. Sin embargo, resalta la importancia de que la ciencia jurídica haga

entender a la autoridad la necesidad de elaborar textos claros para asegurar el máximo grado de certeza del derecho. Detrás de esta fórmula se expresa un juicio muy claro: la producción de reglas (o de precedentes judiciales, allá donde ellos sean vinculantes) y la interpretación de las reglas (o de los precedentes) son dos actividades conectadas que deben ser orientadas por la Ciencia del Derecho para poder formular un precepto unívoco.

También hoy se puede constatar una cierta uniformidad en los enfoques por parte de los juristas cuando se menciona la “certeza del derecho”. Sin embargo, esta uniformidad está limitada en su alcance. Ella se refiere sólo al complejo de *alusiones* a las que hace referencia esta fórmula y a su respectiva calificación: en efecto, que la “certeza del derecho” sea una tautología, un mito, un valor o un principio; *sin dudas*, para todos, es un *problema*, tomando en cuenta, además, que ella logra condensarse en el mayor número de “opuestos” que se puedan concebir para una categoría del Derecho.

Cuando se hace referencia a la certeza del derecho, se piensa en un *principio constitutivo* de Derecho y, opuestamente, en un mito o en una especie de Ave Fénix que no puede existir pero de la cual no se puede prescindir. Se habla de un componente del Estado de Derecho, y, opuestamente, de una ilusión o de una ficción en la que los juristas caen inconsciente o científicamente. Se concibe como un aspecto del Estado social, y precisamente por este motivo se decretó su muerte cuando el Estado social fue superado a raíz de la globalización económica. Se invoca para asegurar al ciudadano la solución de un caso con base en reglas constante e invariablemente observadas por el juez, y al mismo tiempo se desecha cuando se convierte en un obstáculo para la evolución de la jurisprudencia. Se considera como un valor o, por el contrario, se dibuja como una quimera. Algunos se han empeñado en codificar su significado y su finalidad, otros la consideran una especie de “caja vacía” que el jurista colma de acuerdo con las exigencias que quiere satisfacer, de acuerdo con los objetivos que quiere alcanzar, e, incluso, otros la utilizan como un escudo de los ideales que pretenden proteger o como pretexto para afirmar una determinada manipulación interpretativa.

Existe, sin embargo, otra constante en los acontecimientos que han

acompañado el problema de la certeza del derecho durante tantos siglos, dada su persistencia en la cultura de los juristas. No existe una época en la que los juristas no se hayan preguntado sobre su significado, sobre su necesidad, sobre sus epifanías.

Y en una época como la nuestra, donde la inseguridad se ha convertido en la dimensión estructural de la vida biológica, profesional y pública de cada uno de nosotros, no es un hecho casual que la cuestión de la “certeza del derecho” nuevamente haya cobrado importancia, no sólo en los estudios doctrinales de los juristas, sino también en el análisis económico, político y social, en las decisiones de las Cortes, e incluso en las propuestas legislativas. También en este caso, como en otros que hemos pasado durante los últimos treinta años, desde la afirmación de los valores absolutos de la persona hasta la delimitación de los límites de la Bioética, desde las nuevas formas de agregación familiar hasta la tutela del ambiente, desde las libertades esenciales hasta la seguridad alimentaria, desde el desmantelamiento del Estado social hasta la afirmación de la globalización de los mercados, desde la lucha contra el terrorismo hasta la creación de las condiciones de vida soportables, siempre se hace un llamado al Derecho –y en consecuencia, a la “certeza”– para encontrar en este campo, en esta dimensión, las soluciones a los problemas que son fuentes de los debates actuales de nuestra sociedad.

El hecho de que los juristas, en cualquier latitud y en cualquier ambiente, aludiendo a la certeza del derecho, sepan aquello de lo que deben hablar significa que no existen obstáculos terminológicos o conceptuales para expresar su contenido. Esto no quiere decir que las fórmulas en las diferentes culturas sean homólogas entre sí. Algunas variedades de léxico, algunas *nuances*, abren escenarios interesantes para entender cómo los juristas se acercan a la cuestión: por ejemplo, en el italiano *certezza* del derecho tiene una connotación diferente respecto a la *seguridad jurídica*, puesto que la certeza hace referencia a la claridad de las expresiones, a la precisión en el uso de la norma, a la posibilidad de repetición de las soluciones jurídicas respecto a un mismo supuesto de hecho, y no al significado de la “protección del riesgo” (de la variedad de las soluciones, de la mutabilidad de las reglas, de la discrecionalidad en la interpretación). Por el contrario,

no se encuentran variedades del mismo tipo en otros idiomas, como, por ejemplo, en el alemán, donde la certeza del derecho tiene como unívoca traducción *Rechtssicherheit*; o en el francés, donde se habla de *sécurité juridique*; o en el inglés donde se habla de *legal certainty*, de *certainty of the law*, o de *certainty in the law*, si bien toda la problemática termina por resumirse en la “previsibilidad”, o mejor, en la *predictability* de la regla aplicada por el juez.

Del mismo modo, pueden variar las articulaciones de la certeza del derecho, dependiendo de si se hace referencia:

- (i) A la certeza (o a su opuesto, la incertidumbre) legislativa, jurisprudencial, doctrinal, es decir, a las fuentes de producción del Derecho que hoy se han multiplicado. Piénsese en el Derecho Internacional, en el Derecho Comunitario, en el Derecho regional, en el Derecho de la *lex mercatoria*, en el Derecho de las autoridades administrativas independientes, en el Derecho convencional;
- (ii) a la certeza en el ejercicio del poder, que cuando corresponde al legislador, al juez o a la administración pública, debe moverse dentro de los cánones de la legalidad;
- (iii) a la certeza en la producción de los efectos del poder;
- (iv) a la certeza en el ejercicio de los derechos fundamentales;
- (v) a la certeza de las relaciones que se establecen entre particulares.

Igualmente pueden variar las perspectivas ius-filosóficas con las que se observa la certeza del derecho:

- (i) desde la perspectiva positivista, que resume la problemática en la formación y en la aplicación de las leyes “establecidas” por los órganos competentes;
- (ii) desde la perspectiva iusnaturalista, que ve la certeza como un baluarte de los valores prejurídicos frente a la intervención del Estado;
- (iii) desde la perspectiva iusrealista, que ve en la certeza una ficticia representación del Derecho, entendido como imaginario colectivo y, en consecuencia, variable al punto de no permitir ningún tipo de previsión;

- (iv) desde la perspectiva nihilista, que excluye desde su raíz la posibilidad de asegurar una certeza del derecho;
- (v) desde la perspectiva hermenéutica, que ve en la certeza la individualización de criterios confiables compartidos por la comunidad, para asegurar un recorrido lógico-racional dirigido a la solución del problema jurídico.

Varían también, como se decía, los momentos en los que el problema de la certeza adquiere relevancia. En otras palabras, si bien es cierto que éste es un tema que los juristas llevan consigo a lo largo de los siglos, también es cierto que la forma de entenderlo y de describirlo, de resolverlo y de ignorarlo, es fruto no sólo de la sensibilidad y de la cultura del jurista, sino también de las exigencias de los tiempos.

En consecuencia, a la pregunta sobre si –una vez individualizada una definición estipulativa de “certeza” del derecho (y de la certeza en las relaciones jurídicas)– la certeza es coexistente al derecho, o si es tan sólo un factor contingente, la respuesta es sin lugar a dudas relativa, tomando en cuenta los eventos y las diferentes fases históricas: existieron períodos durante los cuales la certeza era considerada coexistente y otros tantos durante los cuales era considerada únicamente un factor contingente.

La respuesta es seguramente neutra: no afecta ni la distinción de la certeza como *hecho* y como *valor*, ni la certeza como *ideal* o como *mito*. En las diferentes épocas ella se presentó como un valor, como un hecho, como un ideal, como un mito.

Si se estudia la literatura más reciente, vemos que hoy también es así. Sin embargo, el jurista actual se encuentra frente a una responsabilidad más grave: ¿viviendo en la edad de la inseguridad se puede pedir al Derecho, entendido como un complejo de reglas y comportamientos vigentes en un agregado social, contener, equilibrar o incluso resolver los problemas de inseguridad que actualmente se debaten en nuestra sociedad?

¿Cuáles han sido las respuestas por parte del Derecho?, ¿estas respuestas han estado a la altura de las expectativas, o merecen una ulterior reflexión?, ¿se repiten los antiguos problemas, éstos han sido sustituidos por nuevos, o los nuevos se sumaron a los antiguos?

2. La certeza del derecho y los problemas del pasado

Si bien los problemas del pasado no se pueden resumir en pocas palabras, mencionar algunos aspectos sobre la manera como la certeza del derecho ha sido presentada puede servir para afrontar la problemática actual.

Friz Schulz, estudioso del Derecho Romano, expresó el alma de esta extraordinaria experiencia de la cultura jurídica en dos obras muy agudas, *I principi* y *Storia della giurisprudenza romana*, que afrontan el núcleo de algunos de los problemas constantemente expuestos cuando se afronta el tema de la certeza del derecho. El término “seguridad” (así fue traducido en italiano por Vincenzo Arangio-Ruiz en 1946, doce años después de la primera versión de la obra escrita en alemán) tiene un doble significado: el primero se refiere a la lucha de la equivocación contra el Derecho; y el segundo, al reconocimiento del ordenamiento y la previsibilidad de los efectos jurídicos. En el primer significado, Schulz piensa no tanto en la certeza del derecho como aquella asegurada por el legislador y por el texto legislativo, sino en si son atendibles las soluciones ofrecidas por quien administra la justicia; en la experiencia romana, los magistrados y los jurados. Es por esto que se presta atención no sólo a la problemática relativa a la calificación cultural de las personas encargadas de administrar justicia, sino también a las reglas, a los gastos y a la duración del proceso (problema que ya las fuentes romanas ponían en evidencia, recordando los casos célebres por su excesiva duración, como la *lis fullonum* con una duración superior a los treinta años). En el segundo significado –relativo a la seguridad de la norma jurídica– Schultz recuerda, con algo de vergüenza, como los Romanos dieron poca importancia a este tipo de seguridad, puesto que sólo a partir de *Cesare* se comenzó a pensar en la publicación de un documento oficial contentivo de las leyes y demás reglas emanadas por la autoridad. Se trataba de una publicación local de difícil acceso en los confines del imperio, donde incluso, en ciertas ocasiones, no se llegaban a conocer algunas normas jurídicas. Con la multiplicación de los dictámenes y de las fuentes jurídicas, ya en el siglo III d. C. se advierte la exigencia de recoger los fragmentos en obras orgánicas, precisamente para dar mayor certeza

sobre las reglas aplicables. Posteriormente el grado de conocimiento mejora con la compilación justiniana; aunque la incertidumbre no se podía derrotar cuando se transfiere al área del poder discrecional ejercitado por los organismos del Estado. Otro elemento de incertidumbre es dado por el hecho de que el derecho –subjetivo– puede ser ligado a un hecho interno difícilmente conocible. Así, todos los esfuerzos por dar mayor certeza a las relaciones jurídicas son, según Schulz, utilizados en modo circunscrito y en épocas tardías: no sólo no se conoce la regla que hace prevalecer la posesión sobre la titularidad de la propiedad, sino que se usa raramente la usucapión, la prescripción, y aún menos la publicidad. En fin, “no es la seguridad del comercio jurídico la que tenía importancia para los romanos, sino la seguridad del derecho pedido: parece que para ellos esta última seguridad dependía de la seguridad del Estado: aquellos que la ponen en duda, menoscaban, desde su punto de vista, los fundamentos de la vida social” (*labefactant fundamenta rei publicae*, Cic., *de off.*, 2, 22, 78).

Todavía más explícita es la afirmación de Rudolf von Jhering, según el cual, el espíritu del Derecho Romano (que expresa el espíritu de un pueblo históricamente individual, pero también un laboratorio de ideas y de remedios que deben ser considerados con atención) se fundamenta en la fuerza que está detrás del Derecho. De forma realista y transparente, Jhering observa que “el derecho subjetivo (efectivamente realizado) y el sentido subjetivo del derecho están sobre el mismo plano, se condicionan y se apoyan recíprocamente. Sobre la fuerza moral del sentido jurídico de una nación reposa, en última instancia, la entera certeza del derecho, que, en cambio, no reposa sobre la constitución: existen artificios para interpretarla como se desee y no es ni siquiera concebible una constitución que evite la violación de la ley por parte del Estado”.

Incluso hoy, esta afirmación se revela interesante. De otra parte, la historia de la discusión sobre la certeza del derecho sirve para demostrar que la cuestión no pueda ser resuelta definitivamente, ni siquiera con un acto legislativo. No fueron suficientes ni la Codificación de Justiniano y su compilación de la tradición del pasado en el Digesto, ni las advertencias de los legisladores de las épocas sucesivas. El trágico personaje del Azzecagarbugli, que ha influenciado en el imaginario

colectivo la figura y la función del abogado, sirve para demostrar esto. Alessandro Manzoni (también él jurista) precisamente quería demostrar cómo el sucederse de los “gritos” en un Estado corrupto no tiene ninguna importancia para sus destinatarios, y que a través de la interpretación se puede manipular tranquilamente la ley.

Sin embargo, tenemos que recordar que al menos son dos las llagas señaladas por los juristas como males recurrentes que minan la base de la certeza del derecho: de una parte, el número excesivo de actos normativos vigentes con su frecuente oscuridad y, de otra parte, las divergencias interpretativas dadas por los jueces y, en consecuencia, la imprevisibilidad de las sentencias. La primera llaga está relacionada con el Derecho “puesto” por la autoridad; la segunda llaga con el Derecho interpretado, es decir, producto de los procesos lógico-hermenéuticos dirigidos a su aplicación. Estas llagas tienen una historia noble: la primera fue señalada incluso por Dante, la segunda es el objeto del panfleto *Dei difetti della giurisprudenza* al cual debe su fama perpetua Ludovico Antonio Muratori (más que por la ópera mucho más meritoria), constituido por sus monumentales investigaciones sobre la historia de Italia.

El tema de la certeza del derecho se encuentra en la base de la controversia entre Savigny y Thibaut sobre la oportunidad (o no) de una Codificación del Derecho. Como es bien sabido, Savigny afirmaba que era suficiente la construcción lógico-dogmática del Derecho para garantizar su conocimiento, su previsibilidad, en pocas palabras, su estabilidad en el tiempo. Thibaut, por su parte, prefería la reducción de las reglas a la unidad de un texto con fuerza de ley. El argumento terminó por recorrer todo el siglo XIX, con singulares contradicciones entre los legisladores y los intérpretes.

En los países codificados se continuaron publicando los epítomes del Derecho Romano: piénsese sólo en toda la literatura que en Italia, país codificado con anterioridad a la obra de Napoleón, después de los monarcas de los Estados pre-unitarios, después de la Dinastía Sabauda, continuó siendo publicada como si el intérprete tuviese que responder a “dos jefes”: el legislador y la Ciencia del Derecho. No sólo fueron traducidas y reimpresas las *Loix civiles* de Domat, los *Tratatti* y las *Pandette* de Pothier, sino que a finales del siglo XIX,

se tradujeron incluso las *Pandette* de Guck, las *Istituzioni* de Puchta y todo el armamento de la ciencia jurídica alemana hasta Windscheid. Todo esto demuestra tanto el carácter ilusorio de los legisladores que pretenden comprimir la expansión del Derecho como su ingenuidad cuando pretenden comprimir la libertad del intérprete.

E incluso hoy se continúa predicando la certeza del derecho como uno de los fundamentos de la civilización moderna. Sin embargo, existe una noble razón para ello: en cuanto al legislador, porque se quiere evitar que la autoridad se desvincule de toda ley; y en cuanto al juez, porque su discrecionalidad puede conducir al abuso. A menudo, estos dos temores se conjugan en una sola experiencia dramática. Es suficiente pensar en el *doble Estado* que se creó durante el Nazismo, donde el ordenamiento, cuando no se había podido sustituir la legislación precedente o la Constitución de Weimar, fue recreado mediante la elaboración jurisprudencial de reglas que los jueces complacientes habían sabido introducir siguiendo las directrices del régimen.

El pasado remoto y el pasado reciente demuestran que la certeza del derecho es un mito necesario para la subsistencia del Derecho y que es, al mismo tiempo, un problema que el legislador y los juristas deben solucionar mediante fórmulas plausibles si quieren mantener en vida el Estado de Derecho.

En consecuencia, se puede reformular el problema para preguntarse no tanto sobre cuáles son los fundamentos de la certeza, sino mejor sobre cuál es –en un Estado de Derecho– el límite tolerable de la incertidumbre del Derecho, es decir, cuál es el umbral que no debe ser superado para no transformar un ordenamiento en una montaña de carta inútil y un proceso en una lotería del abogado.

3. El umbral infranqueable de la incertidumbre del Derecho. Algunos episodios de la experiencia italiana

Si se observa la experiencia italiana, son muchos los momentos en los cuales el problema de la certeza del derecho se ha hecho más agudo: en los años veinte del siglo pasado, cuando se comenzó a percibir que el ordenamiento del siglo XIX no podía sostener el impulso de una economía y de un sistema social que con el final de la Primera

Guerra Mundial se habían destruido completamente, se abrió la discusión sobre la legislación por principios, sobre el juicio de equidad, sobre las limitaciones del intérprete; poco antes de la Segunda Guerra Mundial, cuando el régimen fascista introdujo el sistema corporativo y la Carta del Trabajo, se enumeraron los principios generales sobre los cuales se debería fundar todo el ordenamiento; precisamente en esos años aparece una obra de López de Onate, en la que se sacaban a la luz las razones críticas que estaban en la base de la certeza del derecho; después de la Segunda Guerra Mundial, se discutió sobre la necesidad de modificar integralmente el ordenamiento jurídico, obra superada por la introducción de la Constitución de 1948; antes de la mitad de los años cincuenta, cuando el Estado-legislador se afirmó en el papel de Estado-empresario, se discutieron las relaciones entre la certeza del derecho y Derecho de la economía; en fin, el tema permaneció latente en la elaboración de los filósofos, de los sociólogos y de los juristas positivos hasta la explosión de la discusión relativa a los efectos de la globalización de los mercados sobre las fuentes del Derecho, sobre el estatalismo del Derecho, sobre la convencionalidad del Derecho y sobre la *lex mercatoria*.

Estas formas diferentes de afrontar el problema de la certeza del derecho nos enseñan como es más apropiado para el Derecho la teoría de la relatividad. Igualmente, la relevancia actual del problema nos confirma la riqueza de las enseñanzas de la historia pero, del mismo modo, nos hace ver como ésta no puede convertirse en una tiranía perpetua frente a la evolución del pensamiento de los juristas.

Quisiera resaltar como los aportes dados durante las diferentes fases doctrinales por parte de los exponentes de las materias –y en consecuencia de sus perspectivas–, a la luz de las cuales se puede examinar y discutir el problema de la certeza del derecho, son múltiples y variados. En otras palabras, el problema no está limitado a la Teoría, a la Filosofía o a la Sociología del Derecho, sino que surge, se refuerza y se radica, sobre todo, en el ámbito del Derecho Privado (puesto que tal fue la finalidad de la compilación justiniana, de la Codificación napoleónica, de la dogmática pandectista) y que posteriormente se expande e influencia el Derecho Público y la Filosofía del Derecho. Así, durante todo el siglo XIX se registró en Italia un fecundo diálogo entre los

estudiosos del Derecho Privado (y, obviamente, del Derecho Romano), estudiosos del Derecho Público y estudiosos de la Filosofía del Derecho –período durante el cual muchos de ellos acumulaban las diferentes cátedras con favorables ventajas al interior del mencionado diálogo–.

4. Vitalidad y crisis del Derecho

En 1942, es decir, durante el período más dramático de la guerra, cuando los resultados de los enfrentamientos entre las potencias eran todavía inciertos, se publicó un breve ensayo con una bibliografía densa y culta, escrito por Flavio López Oñate, un joven profesor destinado a terminar su vida poco tiempo después. Su reflexión parte de la crisis de la época contemporánea, la época del individuo confundido en la masa y prisionero de una exasperante soledad. A partir de esta crisis existencial López se extiende a la crisis del Derecho. Él ve la crisis del Derecho en la crisis de la legalidad, como si la ley (y no el Derecho como complejo de reglas sujetas a una interpretación, a la adaptación y a la evolución) fuese el paradigma que el jurista debe respetar cuando resuelve los problemas de la vida concreta. Así, él cita una frase de Piero Calamandrei, tomada de *La relatività del concetto di azione*, donde el Maestro describe la crisis del Derecho, pero en un sentido totalmente diferente: con acento abiertamente político, Calamandrei critica –indirectamente– la política fascista que había reducido el derecho subjetivo a un interés legítimo, el Derecho Civil al Derecho Administrativo, la justicia civil a una justicia administrativa o a una justicia voluntaria, la Codificación a un Derecho de los casos concretos. Así, puesto que la contradicción entre los objetivos de Calamandrei y los objetivos de López es evidente, es claro que este último, quien expresa grandes y merecidos elogios a Calamandrei, no podía traicionarse de una manera tan obvia. Por este motivo, es necesario interpretar su pensamiento y su terminología para que concuerde con los postulados de Calamandrei. Pues bien, López entendía la “ley” como una garantía, como la seguridad que necesita el individuo para vivir como mónada en una sociedad despersonalizada, y por ello trató de encontrar en la “ley” –la única que da certeza al Derecho– un “sistema de garantías”. La ley como una norma abstracta, rígida y fija que permite

prever cómo será su aplicación, es decir, que sirve “para que los hombres sepan qué ocurrirá”. Esta previsión se refiere en primera instancia al Derecho Penal, según las lecciones de Beccaria, pero se extiende al Derecho Civil, que precisamente en la Codificación alcanzó el ápice de la certeza del derecho escrito. Y entonces, ¿en qué consiste la crisis del Derecho determinada por su “incertidumbre”? López habla de las amenazas que derivan de la interpretación. López, considerando la época en que vivía, excluye que la incertidumbre derive de la inexistencia del Derecho (es decir, de las lagunas, puesto que el ordenamiento estaba en grado de colmarla), y considera que, en cambio, proviene de la oscuridad de la ley, de su mutación continua, de su elefantiasis. Éste es un mal que se perpetúa en la experiencia italiana desde hace muchos siglos y que López encuentra reflejado de manera particularmente evidente en la producción legislativa de su época. Movilidad y multiplicidad de las leyes, que ya los antiguos habían estigmatizado, y principalmente el poder normativo atribuido al gobierno por medio de los decretos de urgencia. En las notas bibliográficas que acompañan el texto –de hecho, constituyen un texto paralelo– López cita la L. 19-1-1939 que permitía al gobierno emanar normas; cita además la doctrina y, entre los autores, a Mortari, que había interpretado restrictivamente esta facultad, precisamente para evitar el peligro de una subversión en los poderes constitucionales. El discurso desemboca en la crítica al movimiento del Derecho libre que contraponen el juez a la ley, y en la crítica al Derecho concebido estructuralmente como una doctrina viva del pueblo. López critica tanto la concepción nazi como la concepción soviética, pero considera menos instrumental la primera.

5. Certeza del derecho, papel del legislador y papel del intérprete

Es claro que la conexión entre Derecho libre y Derecho nazi nos puede parecer extraña, tomando en cuenta que los ideales que animaron a los fundadores del Derecho libre se centraban en los valores de libertad y en la capacidad del intérprete de adaptar los cimientos rígidos de las leyes a una realidad en perpetuo movimiento, liberando al juez de la “Camisa del Nexo del texto” insuficiente para poder buscar la

solución conforme a la justicia. Contra el Derecho de hecho, contra la “comunidad viviente de pueblo”, López reivindica el Derecho, entendido como valor, y el objetivo de garantizar los derechos individuales. Él reinterpreta el Estado ético, en el sentido de sistema de individuos éticamente conectados, unidos en la coexistencia pero no ajenos al “problema del otro”. La negación del derecho subjetivo se convierte en la negación de la certeza del derecho y el Derecho se funda sobre la paz. Así, la tarea de la ciencia es asegurar la estabilidad del Derecho contra el arbitrio del legislador y del juez. En esta tarea está el carácter ético del Derecho, es decir, su certeza: la conservación de la paz y la garantía de los individuos como camino, señala López, hacia la desintegración de la guerra en acto.

Así, su mensaje no puede ser, al contrario de cuanto sucedió posteriormente, interpretado como un himno a la inmovilidad, a la forma mecánica del juicio, a la voluntad férrea del legislador (sea cual sea).

Precisamente su mensaje fue recibido con gusto por Calamandrei, que vio en la tesis la afirmación de sus teorías sobre la acción; con interés por Carnelutti, quien sin embargo resaltó la necesaria relación dialéctica entre la ley y la justicia; con perplejidad por Fedele, quien teorizó la contraposición entre la ley canónica y *æquitas canonica*, y la supremacía de la segunda sobre la primera; con meditado aprecio por Capograssi, quien distinguía la certeza como legalidad (dirigida a garantizar el Estado de Derecho y a prevenir la perturbación de la ley mediante la interpretación subversiva) y la certeza como justicia sustancial, que inclina la ley hacia la solución justa.

6. La certeza del derecho y el Derecho de la economía

Quince años después de la publicación del artículo de López y a pocos años de la entrada en vigor de la nueva Constitución –una Constitución que declara la libre iniciativa privada con el límite de la utilidad social, así como legitima su propagación y sus controles– se celebra en Torino un importante congreso, donde casi todos los Maestros de ese tiempo tomaron la palabra. El seminario afronta el tema de la certeza del derecho en la óptica del Derecho de la economía. Carnelutti, introduciendo el debate, señaló que la certeza y la autonomía se en-

cuentran en una relación de medio y de fin. La función del Derecho está en la salvación de la acción (entendida como “actuar económico”). Retomando el pensamiento de Rosmini, según el cual el Derecho está centrado en la persona, o mejor, es la persona, Carnelutti señala que si el individuo es el fin del Derecho, la autonomía privada debe ser la garantía de libertad (también frente al Estado). Los límites a la autonomía privada son impuestos no sólo por el Estado, sino también por los derechos de los demás individuos. Así, la certeza del derecho significa la visibilidad de estos límites, la certeza del derecho significa enfrentamiento entre el legislador y el juez, a quien no se le deben ligar las manos; la certeza del derecho significa autoregulación.

El libro de López también llama la atención de los juristas. Sin embargo, de manera muy aguda Enrico Allorio señala que el libro, publicado como crítica a los totalitarismos, se revela superado por la caída de los regímenes que los habían sostenido. Así, la certeza del derecho significa, sobre todo:

- (i) Certeza de la regla como certeza de su vigencia, que excluye la posibilidad de superar la ley desaplicándola, para afirmar el principio de justicia no como reflejo del texto legislativo;
- (ii) certeza de la regla como certeza de su duración, que significa previsión de las garantías sobre el proceso de formación de las leyes y sobre la irretroactividad de la ley;
- (iii) certeza de la regla como certeza de su suficiencia, que implica un texto claro y preferiblemente completo;
- (iv) certeza de la regla como certeza de su significado, que implica la elección del significado más fiel al texto.

Allorio también fundamenta la certeza del derecho sobre los *comportamientos* durante el ejercicio del poder, el cumplimiento del deber, la observancia de una obligación. Él critica la concepción del Derecho como arte interpretativo, y aprecia el Derecho fundamentado sobre la razón (que encuentra en la experiencia del *common law*). En cuanto al Derecho de la economía, postula la estabilidad, debiendo ser ciertas las relaciones económicas que dicho Derecho regula.

Estas intervenciones denuncian, como decía, su época: en la mitad de los años cincuenta comenzaba en Italia la tendencia político-legis-

lativa de la programación económica, y se implementaban por medio de la ley y con actos administrativos notables limitaciones a la autonomía privada. Precisamente, sobre este punto, Francesco Santoro Passarelli examina las nuevas fronteras de la autonomía privada en su relación con la política económica del Estado, expresada por los instrumentos financieros, por los instrumentos del crédito y de las inversiones, por la política de los precios y de los intercambios. La intervención pública en la economía funciona si se puede prever y si se garantiza la paridad sustancial de los contratantes, la defensa de los contratantes débiles en la contratación de masa, la función social de la propiedad, la negociación del contrato colectivo de trabajo, el reconocimiento de los grupos intermedios entre el Estado y el individuo, la tutela de las categorías profesionales y de la familia.

En este sentido, la certeza del derecho se hace historia y se relativiza; y precisamente Tullio Ascarelli, en su intervención durante el congreso citado, postula estas características de la certeza: “no es posible –dijo– abstraer y formular hipótesis sobre una exigencia de certeza jurídica en una especie de lucha entre principios abstractos y contrapuestos, recreando, como en una especie de duelo entre caballeros armados, contraposiciones que sólo adquieren su sentido en determinadas situaciones históricas concretas y como concretas reivindicaciones o negaciones del carácter oportuno de determinadas normas o estructuras”. No es posible contraponer el Derecho a la ley, a menos que no se tenga una concepción formalista y restrictiva de la ley, ni es posible contraponer los sistemas codificados a los no codificados, a menos que no se afirme que estos últimos no expresan una técnica diferente a la Codificación para asegurar la continuidad y la certeza del derecho. Tomando en cuenta que de la certeza del derecho se habla sobre todo durante los momentos de gran evolución, es necesario poner el problema del sistema del Derecho en la época de la “Segunda Revolución Industrial”, es decir, en la época de la producción industrial de masa, y adecuar las categorías jurídicas a las nuevas exigencias. Es un problema de adecuación de las fuentes, de adecuación metodológica, de revisión del principio de estatualismo del Derecho. En otras palabras, señala agudamente Ascarelli, el problema no se da tanto por la contraposición entre Derecho y ley, Derecho y equidad, certeza y justicia,

Derecho Privado y Derecho Público, cuanto por la finalidad de la intervención legislativa, que puede corregir la autonomía privada, puede dirigirla hacia relaciones más equilibradas, puede reforzarla para alcanzar las finalidades económicas deseadas. Es entonces responsabilidad del juez y del estudioso adecuar la ley a las necesidades, puesto que la interpretación es un “continuo instrumento de desarrollo y de adecuación de cualquier *corpus juris*”. “Para cumplir esta tarea, no podemos confiarnos ni en la moralidad individual, ni en la ignorancia de los hechos institucionales”.

Del congreso emergen también dos advertencias: una, por mérito de Guido Astuti, referida a la categoría-instrumento del *contrato*: no se puede pedir al contrato, expresión de la libertad de la voluntad y del equilibrio de los contratantes, que desempeñe un papel que no le corresponde y, por tal motivo, cuando el objetivo que se quiere alcanzar no puede ser realizado por medio del contrato se hace necesaria una intervención legislativa. La segunda, por mérito de Salvatore Lener, S. J., cuando hace referencia al principio de solidaridad proclamado por la Constitución. Sobre la base de dicho principio, se puede tutelar en justas proporciones y por medio de la acción económica el bienestar de los demás individuos, según enseña S. Paolo. En este sentido, si la autonomía privada no se puede concebir como un medio, el Estado debe hacerse cargo de perseguir los fines de la solidaridad social, incluso al costo de desencadenar a los operadores económicos.

La vivacidad del debate y su actualidad son evidentes en cada una de las páginas de las ponencias del congreso. Ahora bien, a más de medio siglo nos percatamos de cuan visionarios eran nuestros Maestros; pero también nos damos cuenta de que no sólo los problemas no han sido resueltos, sino que quedaron abiertos con todas las contraposiciones y las contradicciones hechas evidentes por las diferentes posiciones ilustradas, y que incluso se han complicado, tomando en cuenta que hemos pasado de la Segunda Revolución Industrial a la revolución tecnológica y a la globalización de los mercados.

La certeza del derecho continúa siendo el centro del discurso de los juristas. Algunas veces es un tema descontado, otras veces se acantona, otras tantas se evita. La relación dialéctica entre la ley y el Derecho (*lex e ius*), la relación entre disposición e interpretación, la relación

entre Derecho y justicia, entre autonomía privada e intervención pública, entre estabilidad del ordenamiento y evolución económico-social, y, actualmente, también tecnológica, son aspectos de la problemática actual en la cual se expresan muchos otros aspectos de la “certeza” del derecho.

Aquello que resulta del estudio de las fases en que el debate ha sido desarrollado es precisamente que de la certeza se puede hablar –en sociedades complejas, en ordenamientos con pluralidad de fuentes también heterodireccionadas (como sucede en las relaciones entre Derecho Comunitario y Derecho interno) y en las relaciones fijadas convencionalmente en el comercio internacional– y se debe hablar, adoptando las preocupaciones ofrecidas por su relatividad y su carácter histórico.

En fin, aún hoy, la certeza sigue siendo considerada como un ancla para la salvación.

7. La recuperación de la certeza del derecho a nivel constitucional

Precisamente para evitar caer en la experiencia de su trágico pasado, el legislador alemán elevó la certeza del derecho al nivel de un valor-principio de rango constitucional. Los estudiosos recuerdan que esta exigencia ya había sido formulada por las Fuerzas aliadas en el cuerpo de la ocupación postbélica, y en un documento del 1º de julio de 1948 ellos habían dispuesto la introducción en Alemania Occidental de una Constitución que garantizara los derechos individuales: así, en los artículos 20 y 28 de la Ley Fundamental de 1949, se codificaron tanto los principios del Estado de Derecho como el principio de la certeza del derecho. A raíz de ello, apareció una nutrida jurisprudencia de la Corte Constitucional que a partir del principio de la certeza del derecho creó el principio de proporcionalidad y el principio de previsibilidad del Derecho. La expresión es entendida, de nuevo, en el sentido de claridad de las disposiciones normativas, de su observancia por parte de las instituciones y de los ciudadanos, de la estabilidad de la “vida jurídica”. En fin, se retoma, en sentido actual, la teoría de L. Bendix en el año 1914.

Señalan los estudiosos que el principio tiene un alcance de norma sustancial y comprende, a su vez, el principio de irretroactividad de los actos administrativos y el principio de intangibilidad de los actos individuales.

Razones diferentes –pero siempre relativas al valor constitucional del principio– sostienen el debate abierto hace poco tiempo en Francia, dirigido a su inclusión de manera explícita en el texto de la Constitución de 1958.

En un reciente ensayo Francois Luchaire escribió que la certeza del derecho es una fórmula que se puede encontrar en el artículo 2º de la Declaración de los Derechos de 1789, donde se tutelan los derechos naturales imprescriptibles del hombre. El texto enumera la libertad, la propiedad, la resistencia a la opresión y la *sûreté*. La expresión, en su sentir, no se refiere únicamente a la seguridad de la persona o de los bienes, sino también a la seguridad de los derechos (si bien, en el lenguaje jurídico se podría distinguir entre *sûreté* y *securité*).

Por su parte, el *Conseil constitutionnel*, que no utiliza con frecuencia esta fórmula, estableció en su jurisprudencia que el legislador puede modificar la ley vigente sin lesionar los derechos constitucionalmente garantizados. En otras palabras, la fórmula así entendida se refiere a los límites impuestos al Poder Legislativo en relación con la modificación de las situaciones jurídicas en las que se encuentran los particulares y, en consecuencia, los límites a la retroactividad de la ley, la obligación de disponer reglas que sean inteligibles para todos, la garantía del derecho de defensa y la posibilidad para todos de dirigirse ante el juez para la defensa durante un juicio.

La jurisprudencia del *Conseil constitutionnel* crea para las personas físicas y para las personas jurídicas un “contexto jurídico decentemente estable, inteligible y aceptable” recurriendo a principios y argumentos variados y tradicionales, pero siempre sobre la base de las garantías constitucionales.

Pero (y no podía ser diferente) la certeza del derecho –calificada como *principio*– conserva su carácter fluido y una aplicación incierta. No se entiende si el *Conseil constitutionnel* la califica como un “principio general del Derecho”; y en la jurisprudencia de la *Cour de Cassa-*

tion no se encuentran muchas referencias explícitas a la certeza del derecho. Se encuentran mencionados otros principios, de alcance más limitado, que se fundamentan en la certeza del derecho, como la obligación del juez de establecer, sobre la base del Derecho aplicable al momento de la demanda, la irretroactividad de las normas jurídicas, el efecto obligatorio de los contratos, la interpretación restrictiva de los cargos de imputación, el principio de confianza legítima, etcétera. Es más frecuente su aplicación de forma “derivada” que se origina a partir de la aplicación de los principios del Derecho Comunitario y de los principios elaborados por la Corte europea de los derechos del hombre, con atención a los derechos fundamentales.

Señalan los estudiosos que mientras puede ser fácil presentar pruebas de su aplicación, sobre todo cuando se incorpora en principios de menor alcance, es difícil ubicar el principio de la certeza del derecho en el ámbito de la jerarquía de las fuentes. Se afirma que el terreno natural de este principio es el Derecho Penal, pero, dando una mirada a la jurisprudencia de la *Cour de Cassation*, vemos que la certeza del derecho se menciona –esta vez en relación con la *certeza de las relaciones jurídicas*– donde el legislador, por descuido o por superficialidad, no fue preciso. Es el caso de la disciplina de la compraventa cuya acción por vicios redhibitorios debe ser adelantada por el comprador “dentro de un tiempo muy breve” según la naturaleza de los vicios y los usos del lugar donde la compraventa se haya celebrado. La misma Corte, en su informe de 1998, señaló que un texto tan impreciso afecta la certeza del derecho, pero correspondería a la Corte dar una interpretación uniforme, tomando en cuenta que para ese entonces en Francia ya tenía una cierta credibilidad la tesis según la cual la jurisprudencia es una “fuente del Derecho”. Otras veces el principio fue aplicado en relación con el principio de la confianza legítima de los administradores frente a los actos de la pública administración.

Pero para dar a conocer sus propias directrices interpretativas, la *Cour de Cassation*, en sus informes anuales, anuncia la llegada de toda transformación, de tal modo que los privados y los poderes públicos no sean tomados por sorpresa. Además, para evitar bruscos *révirements*, la *Cour* trata de aplicar las nuevas reglas de tal modo que se puedan salvar las relaciones pendientes. Pero las sentencias de la

Corte son criticadas cuando son lacónicas o poco explícitas, cuando no parecen motivar completamente la disposición final. Sumado a este problema, tan advertido por la doctrina francesa que ha sido objeto de una constante reflexión, se pone el problema (ya muchas veces mencionado) de la incertidumbre del significado del texto normativo aplicable. Para decirlo con las palabras del Abogado general Michel Jéol, “la verdadera dificultad para la Corte de Casación, no es tanto aquella de controlar la aplicación de textos claros, sino aquella de interpretar la ley, es decir, de especificarla cuando ha sido expresada en términos muy generales, aclararla cuando ha sido expresada en términos oscuros, precisarla cuando es demasiado indeterminada, inventarla cuando es muda”.

La certeza del derecho –entendida como certeza del dato normativo– es el resultado de tres factores. La claridad y la estabilidad de la norma escrita, la prudencia de los intérpretes y la cualidad científica de la doctrina. Y entonces son sus enemigos la inflación legislativa, su mutabilidad, los textos oscuros, las frecuentes mutaciones de directrices interpretativas por parte de los jueces, una información abundante y poco vigilada.

Sin embargo, la certeza del derecho se presenta también como un papel de tornasol, puesto que sirve para evaluar el grado de evolución de un sistema jurídico, el nivel de las relaciones entre el individuo y la autoridad pública, el papel del juez, la previsibilidad de la interpretación de la ley; pero sirve también para controlar la “gestión jurídica del tiempo”, para controlar la estabilidad de la norma jurídica e incluso su calidad en términos de claridad, legibilidad e inteligibilidad.

Por ello, no parece singular que precisamente después de este debate se haya propuesto, el 1º de setiembre de 2001, al Senado un proyecto de ley constitucional para modificar el artículo 34 de la Constitución de 1958, que en la parte que dispone las reglas relativas a la producción de las leyes, debería establecer que: “la loi doit être certaine et son application prévisible par les citoyens. La loi ne dispose que pour l’avenir. Elle ne peut avoir l’effet retroactif que lorsque, à titre exceptionnel, le but à atteindre l’exige, et lorsque la confiance légitime des citoyens est dument respectée”.

El ponente del proyecto, entre otras cosas, resalta en su intervención que el principio de la certeza del derecho aplicado por los jueces y, sobre todo, por la Corte de Justicia europea es una condición del Estado democrático y que elevarlo al nivel de valor constitucional permitiría garantizar una mejor protección de los ciudadanos.

Igualmente en nuestra experiencia, y desde hace mucho tiempo, se considera la certeza como un valor necesariamente intrínseco al Derecho, una condición imprescindible: la Constitución escrita, que enumera los derechos fundamentales, es el símbolo encarnado de la certeza del derecho entendida en sentido formal; y por tal motivo no se consideró necesario, al momento de la redacción de la Constitución republicana, incluir una disposición que prescribiese la certeza del derecho. Salvo algunos corolarios, como la irretroactividad de la ley penal y el debido proceso, lo inmodificable de la Constitución si no seguida de un particular proceso normativo reposa sobre la certeza no explícita. En fin, la norma constitucional es, entre todas las reglas, aquella destinada por su finalidad intrínseca –de ley fundamental sobre la cual se basa, y con la cual se mide todo el ordenamiento– a la mayor estabilidad. La misma Constitución incorpora los derechos fundamentales y los garantiza por medio de la elevación de las normas que los prevén al más alto grado de rigidez.

Sin embargo, el problema ha sido tratado recientemente, al registrarse algunos fenómenos preocupantes, en tanto potenciales agresores de la certeza del derecho. El primer fenómeno es el referido a las reformas constitucionales en acto, que desembocan, en una primera fase, en la inversión de las relaciones entre Estado y Regiones en lo relacionado con las potestades normativas (con la L. Const. n. 3 de 2001), y en una segunda fase, con la puesta en marcha de la así llamada *devolution*, con la cual se dieron a las Regiones algunos poderes de forma exclusiva. El segundo fenómeno es el referido al exceso de producción normativa que se registra no sólo a nivel parlamentario, sino también a nivel gubernativo, con la aprobación de un gran número de decretos-ley y con la práctica (cada vez más difusa) de la delegación legislativa (del Parlamento al gobierno) para la redacción de textos complejos, como la reforma societaria, las reformas procesales, la disciplina de la quiebra, el Código Penal, etcétera. El tercer fenómeno

es el referido a las motivaciones de las reformas que tienden a conjugarse con los cambios de las fuerzas políticas que detentan el poder, envileciendo la función de la Carta Constitucional como mesa de valores compartida por todos. El cuarto fenómeno tiene que ver con la técnica normativa en sí, siempre más reprochable en términos cualitativos.

Según algunos, estos elementos de incertidumbre pueden ser corregidos por el Derecho consuetudinario, por la jurisprudencia constitucional que, al elegir la “racionalidad” como su canon y la adaptación del ordenamiento a la evolución del sistema como su objetivo, puede corregir las disfunciones y elevar el grado de certeza del derecho que, en este punto, se conecta con el grado de *certeza de los derechos*.

a) *La incertidumbre normativa*

Por su parte, el legislador ha buscado dar mayor orden y sistematización –y en consecuencia, mayor certeza– en la selva de actos (códigos, leyes especiales, leyes marco, leyes comunitarias, leyes financieras, leyes temporales, etc.) que la urgencia de la satisfacción de intereses primarios y secundarios poco a poco ha acumulado. Además, introdujo una ley sobre la publicación de los actos normativos (L. 11-12-84, n. 839 y normativas que la desarrollan); una ley sobre la simplificación de los actos normativos (L. 1998, n. 400); una ley que autoriza la actuación de forma directa, o con referencia a sucesivas intervenciones normativas, de las Directivas Comunitarias (L. comunitaria de 1989); una ley que permite sistematizar y coordinar la disciplina de las reglas vigentes en un determinado campo, introduciendo los así llamados códigos de sector, el código de consumo, el código de la aseguración privada, etcétera.

b) *La incertidumbre hermenéutica*

Por su parte, la Corte Constitucional cada año en su informe indica los progresos y lineamientos del ordenamiento de la disciplina constitucional (Sentencia n. 314 de 2004).

Y las Sesiones Unidas de la Corte de Casación, valiéndose de los poderes de nomofilaxis, a su vez han uniformado la interpretación de

los jueces de mérito y de las mismas Sesiones de la Corte en muchos sectores, como el resarcimiento del daño a la persona, las cláusulas contractuales inherentes al anatocismo, la interpretación del contrato, etcétera.

8. La experiencia de la Corte europea de derechos humanos y de la Corte de Justicia de la Comunidad europea

Se ha señalado en varias ocasiones que la certeza del derecho implica la certeza de los derechos, y que la certeza se conjuga con las garantías de los derechos fundamentales. Pues bien, la Carta europea de los derechos del hombre garantiza los derechos fundamentales (la vida, la libertad y la seguridad, el debido proceso, etc.), pero sólo usa en dos ocasiones el valor de la certeza: en relación con la libertad, conjugándola con la *seguridad* (art. 5º), y en relación con el debido proceso (art. 6º). Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo ha ampliado el ámbito de aplicación del principio, creando por vía interpretativa (i) un “orden público” de ámbito europeo; (ii) una base constitucional para los derechos fundamentales; (iii) legitimación para la creación pretoriana de reglas jurídicas.

La certeza del derecho es reconocida por la Corte en el caso “Marckx” de 1979 como principio estructurante de la Convención, y se entiende como una confianza legítima en la no exposición a determinados peligros, que a su vez explica la transposición con la confianza de no ser expuestos a ningún tipo de arbitrio, o de poder contar con la aplicación de las reglas de Derecho. Así, el principio de la certeza del derecho se conjuga con el principio de legalidad (principio del iluminismo desarrollado en materia penal que se paseó por algunas de las Constituciones del siglo XIX y en las Constituciones del siglo XX).

Los estudiosos señalan que no son numerosas las aplicaciones en forma directa del principio de la certeza del derecho, que de manera particular tienen que ver con los términos del procedimiento. Mientras que son cada vez más frecuentes los pronunciamientos en los cuales este principio se cita como soporte y complemento de otros principios, como, por ejemplo, en el caso “Rasmussen”, donde la indeterminación

del tiempo dentro del cual la madre podía actuar para el desconocimiento de la paternidad del hijo (se trataba de la ley danesa) fue interpretado en sentido restrictivo para facilitar el *status* del hijo.

Son muy numerosos los pronunciamientos de la Corte de Justicia de la Comunidad europea que utilizan el principio de la certeza del derecho. Desde 1989 se cuentan centenares de ellos, sumados a la abundante literatura que se ocupa del argumento. Entre los principios de Derecho Comunitario, a la certeza del derecho se le reconoce la dignidad de *principio* y se acerca (o se conecta) con el principio de la confianza legítima. Ha sido utilizado en materia de competencia, de agricultura, de seguridad social y también en las relaciones establecidas sobre la base de la buena fe. El principio de la confianza legítima se refiere, en particular, a los casos donde el ciudadano había confiado en la legislación existente para promover determinados programas y asumir determinados costos y sus expectativas resultan frustradas a raíz de una intervención legislativa que modifica los presupuestos sobre los cuales los programas y los costos habían sido proyectados. La Corte distingue los casos en los cuales el ordenamiento es estable habitualmente –como en las relaciones agrícolas– de aquellos en los que la regulación del mercado requiere frecuentes intervenciones. Por este motivo, en el comercio no existen confianzas legítimas que se deban tutelar.

A la luz de estos principios se deberían interpretar las disposiciones contenidas en la Carta de Niza, que en su Preámbulo enuncia la seguridad junto con la libertad y la justicia, y declara el fundamento de la Unión sobre la democracia y sobre el Estado de Derecho. Pero sobre todo “hace más visibles” los derechos fundamentales garantizados por el Derecho Constitucional europeo. También aquí, además de la seguridad, que es citada respecto a la seguridad social, la certeza del derecho se ubica en la disciplina de los derechos de defensa (art. 47 y ss.).

9. El auxilio de la hermenéutica

Desde un punto de vista externo, el mundo jurídico parece una unidad compacta, gobernada por el enfoque formalista que impera en nuestro país desde hace más de un siglo. Estas técnicas ignoran el substrato económico y social, así como los aportes del intérprete que

a partir del texto “mudo” crea la regla. Actualmente este mundo está fragmentado en su interior. Retardos culturales sofocaron propuestas emergentes en otras experiencias, como la norteamericana o escandinava con el realismo jurídico, como el análisis económico del Derecho (también norteamericano), como la “critical Legal Studies” y la “Law and Literature”. Hace algunos años se ha reforzado la dirección, bien conocida por los filósofos, que ha sido agrupada bajo el término “hermenéutica”.

La alternativa drástica, y en cierto modo dramática, que se impone al intérprete puede ser resumida en una pregunta de fondo: ¿el intérprete “descubre” el significado de la disposición normativa o lo “crea”? El enfoque formalista, dentro del cual fuimos educados, retiene que el texto es, en su objetividad, un enunciado cuyo significado debe ser descubierto mediante la aplicación de las técnicas establecidas por la ley. Por el contrario, el enfoque realista sostiene que es el intérprete quien crea el significado del texto por medio de su cultura, sus valores, su fantasía y adaptando la solución del problema a los resultados que se quieren alcanzar. El enfoque hermenéutico indaga los recorridos culturales, gramaticales, lógicos, tópicos que el intérprete utiliza para llegar a un resultado. Así, se hacen relevantes los límites de la interpretación hecha por la autoridad interpretativa, *in primis* la autoridad política. Ahora bien, puesto que la comunidad es plural al interior de cada experiencia, y puesto que las experiencias deben gobernar tanto las relaciones internas que se entrecruzan en sus ámbitos como las relaciones externas que se entrecruzan en la comunidad, el Derecho absuelve el papel de vehículo de comunicación y, en este sentido, el Derecho es el lenguaje más importante de la interacción social. Se trata simplemente de identificar las convenciones en el uso de este lenguaje. Se trata de un lenguaje técnico, que no explicita todo su contenido, de manera que se instaura una relación entre el “dicho” y el “no dicho”, denominado “círculo hermenéutico”. Las preguntas de fondo afrontadas en el volumen son tres: ¿cómo interpretar, qué interpretar, por qué interpretar?

¿Cómo interpretar? Los autores del enfoque hermenéutico retienen que la norma no existe fuera del círculo hermenéutico, que su comprensión es un fenómeno real que se da en una dimensión relacional

y comunicativa. El intérprete opera sobre la base de la precomprensión, que no cae en la subjetividad, puesto que se ubica en el ámbito de la comunidad interpretativa que desarrolla convenciones, praxis y reglas del actuar interpretativo. El texto es un momento de la narración normativa. El intérprete activa la narración sobre la base de aquello que conoce, pero aún no sabe cómo descubrirlo. Para llegar al final de la narración, el intérprete debe seguir reglas coherentes, es decir, ser razonable, emplear argumentaciones razonables. De aquí la elaboración del *método* interpretativo, que desde el siglo pasado hasta hoy, poco a poco, los juristas han edificado. Por este motivo existe una pluralidad de métodos interpretativos que entre ellos no son antitéticos, en tanto todos concurren de manera complementaria para concluir el “proceso de concretización del Derecho”.

¿Qué interpretar? Los juristas han elaborado de manera casi obsesiva las reglas inherentes a la interpretación del texto, desde la literal hasta la teleológica, pasando por la sistemática, etcétera. Obviamente, es relevante la distinción entre tipos de textos (normativo y no normativo) y entre tipologías de textos jurídicos (por ej.: ley, contrato, testamento). Las fuentes del Derecho juegan un papel esencial al respecto, puesto que los jueces deben partir de ellas para interpretar el texto. El enfoque hermenéutico de las fuentes del Derecho parte de la insuficiencia de las fuentes formales para la determinación del Derecho en concreto pero sin llegar a proponer la creación libre del Derecho, debiendo confiar en las reglas y los principios. Y estos últimos, con sus múltiples finalidades, constituyen el límite de la frontera entre el Derecho positivo y el mundo de los valores en que se mueve el intérprete. Uno de los aspectos más interesantes y nuevo del acercamiento de los autores es la problematización del concepto de texto normativo, que, salvo ciertas excepciones, se dio en la literatura jurídica.

¿Por qué interpretar? La concepción hermenéutica de la interpretación nace de la crisis de la dogmática tradicional que entiende el Derecho como un hecho objetivo externo a la interpretación, que el intérprete sólo puede describir mediante operaciones exegéticas y lógico-sistemáticas. Por el contrario, toda interpretación se resuelve en una “transformación” del material jurídico. El texto se ubica en su contexto, el discurso normativo se enfrenta “con el hecho de estar destinado a

tener valor en la vida y en la experiencia concreta y, por ello, a medirse con los contextos de acción y comunicación”. La teoría analítica tiene el mérito de haber depurado el racionamiento hermenéutico de sus aporías, pero no va más allá del análisis del texto. La hermenéutica se sirve de la dogmática y de la teoría analítica para construir el rigor científico del proceso interpretativo; pero va más allá (de ambas), porque sobrepasa el concepto de derecho como lenguaje normativo. Es decir, se esfuerza por descubrir –siguiendo a Ricoeur– “las condiciones propiamente ontológicas del comprender” y se esfuerza por identificar los procedimientos jurídicos conocibles por medio de la precomprensión. Interpretar es un acto humano, un acto ubicado en un contexto social y profesional y, por tanto, un *acto histórico*. La hermenéutica trata de describir aquello que sucede en el acto interpretativo y de delinear un método que “mediante la sumisión de la precomprensión al control racional representado por el enfrentamiento con el texto, permite el paso de una comprensión provisional a una comprensión fundada”. El Derecho no es sólo interpretación, es comprensión unida a la vida práctica. Ésta es la concepción –hermenéutica– del Derecho.

Los jueces, los abogados, los administradores, los estudiosos y los estudiantes de Derecho, al utilizar los métodos interpretativos de manera no-crítica, ignorando –tal vez intencionalmente– las implicaciones políticas y sociales, se convierten en vehículo –tal vez inconscientemente– de valores. Pues bien, por medio de la lectura del manual no sólo se alcanza un nivel superior de conocimiento, sino también una mayor transparencia en el uso del método seleccionado. Mayor transparencia significa, en este contexto, mayor oportunidad de controlar los usos frente a los cuales el Derecho se inclina. La soledad del intérprete no es más una consolación: el intérprete está desenmascarado, pero al mismo tiempo ayudado en el devenir real “guardián” del Derecho, es decir, de los valores que éste expresa.

10. La certeza del derecho fundada sobre el contrato en la economía globalizada

Los problemas abiertos a raíz de la revolución informática, de la comunicación planetaria por medio de internet, de la economía finan-

ciera sin fronteras, de la crisis de la soberanía, de la revancha del individualismo y de la evaporación del *Welfare State* también se reflejaron sobre la certeza del derecho.

Anthony Giddens, mentor de un Tony Blair de los años felices y autor de la “tercera vía”, había definido la globalización como una conexión tal entre puntos distantes del globo, que los eventos que se presentan en un lugar distante geográficamente de otro punto están en capacidad de influenciar este último modelando sus condiciones económicas, su estructura social e incluso sus instituciones políticas. Así presentada, esta fórmula de Giddens tuvo éxito por su simplicidad y su neutralidad, aunque no fue suficiente. El concepto de globalización no es sólo *descriptivo*, sino también *prescriptivo*. Algunos, como Bourdieu, ven en la globalización la forma más completa del imperialismo moderno, es decir, la imposición a escala universal de un modelo particular de sociedad. En este sentido, incluso la construcción del concepto es fruto de una operación ideológica, puesto que tiende a acreditarse como portador natural de la evolución técnica y económica. Inconscientemente, se acepta como un proceso irreversible e irresistible, aunque sea construido –señala Gallino– por las grandes potencias industriales. Es el comportamiento que se nutre frente a este modelo el que condiciona las reacciones frente a la globalización. Sobre la base de este comportamiento, se dividen y se enfrentan los defensores y los críticos. Los defensores conjugan globalización y modernidad, exaltan los efectos positivos como, por ejemplo, la aceleración del desarrollo científico, el fortalecimiento de la economía de mercado, la afirmación de los derechos individuales. Los críticos resaltan, por el contrario, los efectos perversos, como, por ejemplo, el empobrecimiento extremo de las poblaciones del Tercer Mundo, la destrucción del ambiente, la uniformidad de los gustos y de los comportamientos, la compresión de la soberanía estatal, la implosión de la nacionalidad, el fortalecimiento del terrorismo.

¿Cuál es la mejor respuesta? La contraposición frontal de las dos posiciones alimenta el debate y la conciencia crítica de todos, pero termina por aplanar el discurso y radicalizar las valoraciones. Pues bien, en cambio de apoyar a una o a la otra parte, en un ensayo muy interesante Danilo Zolo propone una tercera línea de pensamiento,

en cierto modo deudora de las reflexiones de Stiglitz, de Beck y de Sen: aceptemos que la globalización es un proceso irreversible, pero tratemos de verificar de qué manera este proceso puede ser guiado con el objetivo de contener los efectos negativos y de promover los efectos positivos.

El recorrido más placentero consiste en distinguir los diferentes planos donde el proceso se manifiesta: la mundialización de los mercados, la revolución informática, la “cultura global”. Estos diferentes factores se entrecruzan postulando nuevas reglas; y es ahí cuando el filósofo del Derecho puede encontrar una llave interpretativa coherente. Durante la espera por la construcción de un ordenamiento jurídico planetario, vale la pena alcanzar la consolidación de los derechos fundamentales en el sentido sugerido por Bobbio y por Habermas. ¿Será la expansión del *judicial power* la que encontrará la respuesta esperada para la tutela de los intereses individuales?, ¿será la “inclusión del otro” la que garantizará las diversidades, si bien esta solución podría parecer como la confirmación de una nueva y renovada tradición misionaria y colonizadora perseguida por el Occidente?

Es una respuesta que puede parecer débil: como Natalino Irti demostró con coherencia y de forma brillante, la relación schmittiana norma/lugar se disolvió, y no se puede entregar únicamente al Derecho la responsabilidad de gobernar todo este proceso. Según Danilo Zolo, los juristas no pueden evitar su responsabilidad cuando se dedican a la construcción del “espacio jurídico global”, es decir, los juristas deberán cooperar. Sin embargo, hay que recordar que ellos –los abogados, los jueces, los estudiosos del Derecho– han hecho su contribución: es suficiente pensar en la extensión del significado de “derechos individuales” a los “derechos de las minorías”, en la reformulación de los “derechos fundamentales”, en la responsabilidad social de la empresa, en la ética del mercado, y en todos los modelos –argumentativos y conceptuales, interpretativos y metodológicos– con los que han fornido su laboratorio, con el objetivo de balancear los intereses en conflicto y defender los valores de la persona en la sociedad global.

A la luz de este concurso de ideas y acciones, nos parece que no se puede compartir la posición que el autor asume frente a los abogados,

sobre todo frente a los grandes estudiosos internacionales. Él presenta las *law firms* como en un tiempo se presentaban las multinacionales: superando los límites de los Estados y decidiendo los destinos del mundo. Zolo da crédito a la tesis de Dezalay que atribuye a los “mercados del Derecho” el poder de imponer la nueva *lex mercatoria* y de poder mercantilizar toda relación jurídica, haciendo prevalecer el Derecho Privado sobre el Derecho Público, los intereses económicos sobre los sociales, la autolegitimación sobre el reconocimiento de la comunidad. Seguiría una concepción de una estructura del Derecho entendida como “sistema jurídico de las posibilidades”, un implanto fundado sobre el contrato y no sobre la ley, como efecto de la influencia del “pragmatismo procesal” de tipo norteamericano.

Esta posición ha encontrado algunos partidarios en nuestro país; sin embargo, no me parece ni correcta ni realista. Consideramos que frente al fenómeno del Derecho globalizado también podemos distinguir entre defensores y críticos, y que igualmente podemos encontrar una “tercera vía”, aquella de los límites al mercado dictados por los valores individuales y colectivos. Esta vía se puede encontrar en la Carta de Niza, y, en consecuencia, en el modelo europeo de democracia que, por cierto, no es sólo mercantil. ¿Por qué envilecer el Derecho Privado, como si se tratase sólo de un complejo de reglas destinadas a la realización del lucro, con total indiferencia frente a los valores de la persona?, ¿por qué calificar el papel de los abogados como demoníaco, suponiendo de forma no crítica que éstos están al servicio de la globalización imperialista?, ¿por qué considerar el arbitramento como una especie de “justicia indomesticada”? y ¿se puede de forma realista afirmar que en la “sociedad civil global”, “las corporaciones legales hacen prevalecer los intereses de los más potentes y las estrategias más sofisticadas”? El papel de las llamadas por Zolo “corporaciones legales” de hoy (de las que no es necesario señalar el exíguo número y la marginalidad de la actividad desarrollada por el cúmulo de los centenares de miles de estudios legales que operan en Italia, y en número exponencial en Europa y en el mundo entero) no puede ciertamente ser asimilado con el papel que los abogados tuvieron durante la Confederación norteamericana en el siglo XIX. Precisamente, Lawrence Friedmann, en la descripción de este fenómeno, demuestra

cómo el sistema con el paso del tiempo se ha transformado, y cómo ha contribuido para el fortalecimiento de los derechos constitucionales garantizados. En fin, la globalización de los derechos permite la competencia entre modelos; y el modelo europeo me parece todavía muy lejano del aquí criticado.

De todas formas, entregar al contrato las reglas de la economía *globalizada* significa ceder a la parte más fuerte el dominio de la relación. Y precisamente, de esta reflexión nace el interés por la elaboración de principios uniformes, tanto aquellos predispuestos por Unidroit para los contratos de comercio internacional como aquellos elaborados por la Comisión Lando-Beale, por V. Bar y por los Colegios que están edificando el Derecho Privado europeo. Aquí se encuentra un equilibrio de los intereses en juego y consecuentemente, si bien sólo con un derecho convencional, la posibilidad de que las partes se encuentren en paridad de armas.

11. La responsabilidad social del jurista y el límite insuperable de la “incertidumbre”

Son tres las fuentes –legislativa, jurisprudencial, doctrinal– que establecen el grado de certeza (y simétricamente el grado de incertidumbre) del derecho.

En las páginas precedentes hemos tratado de exponer cómo el problema de la certeza del derecho actualmente se ha hecho más complejo. Para concluir quisieramos llamar la atención sobre dos puntos. El primero referido a la concepción actual de “certeza del derecho”. En un mundo absorbido por un ritmo de cambio siempre más frenético, no es posible pensar en el Derecho como un sistema estático y tampoco como un sistema construido *more geometrico*. Tenemos que acostumbrarnos a la idea de que el jurista debe enfrentar un Derecho “móvil”, en el cual permanecen fijas las directrices dirigidas a tutelar los derechos fundamentales y a preservar los hitos del Estado de Derecho. Tenemos que razonar, dado que no se puede suprimir la incertidumbre, estableciendo hasta qué punto ésta puede aumentar sin afectar todo el sistema, sabiendo que también este umbral, este límite, varía dependiendo de las circunstancias externas, las contingencias y los eventos.

El segundo se refiere a la responsabilidad social de los juristas. Todos tienen que cooperar para que las leyes sean menos oscuras, menos volátiles, menos frágiles, para que la interpretación sea más sólida, menos impulsiva y, también ella, menos volátil, para que los abogados presionen por la búsqueda de un cambio orientado a mejorar la identificación y la aplicación de los derechos fundamentales, para remover las causas de su violación y para construir un sistema jurídico que no olvide los intereses débiles.

Es difícil imaginar un paso más allá. Nos parece plausible compartir los postulados de Jean Guy Huglo sobre el hecho de que siendo el Derecho una “sustancia viva”, entonces, “como la vida, explicarlo en modo completo y perfecto es al mismo tiempo necesario e imposible”.

¿CUÁL ES EL ROL DE LA DIGNIDAD HUMANA EN EL BIODERECHO INTERNACIONAL?

A propósito de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005

por **ROBERTO ANDORNO***

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La dignidad humana como principio orientador del bioderrecho internacional. 3. ¿Puede definirse la dignidad humana? 4. La dignidad humana en la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos. 4.1. La dignidad humana en el Preámbulo de la Declaración. 4.2. El respeto de la dignidad humana como objetivo de la Declaración. 4.3 El respeto de la dignidad humana como primer principio bioético. 4.4. La dignidad humana como exigencia de no discriminación y no estigmatización. 4.5. La dignidad humana como marco del respeto de la diversidad cultural. 4.6. La dignidad humana como parámetro interpretativo de la Declaración. 5. Conclusión.

1. Introducción

El principio de respeto de la dignidad humana emerge en el naciente bioderecho internacional como el marco irrenunciable en el que debe desarrollarse toda actividad biomédica, tanto la que persigue fines clínicos como de investigación. Este fenómeno se ha hecho particularmente visible a nivel internacional a partir de 1997, a través de dos instrumentos jurídicos, uno de alcance regional europeo y el otro de carácter universal: la “Convención de Derechos Humanos y Biomedicina” (o “Convención de Oviedo”) del Consejo de Europa y la “De-

* Investigador en el Instituto de Ética Biomédica de la Universidad de Zurich (Suiza). E-mail: andorno@ethik.unizh.ch

claración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos” de la UNESCO, respectivamente¹.

La tendencia a acordar un rol central al principio de dignidad humana se ha afianzado aún más con la “Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos” adoptada por la UNESCO el 19 de octubre de 2005. Sobre la base de mi experiencia como miembro del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO, el que tuve la suerte de integrar entre 1998 y 2005, intentaremos, en primer lugar, explicar el porqué del fuerte recurso a la dignidad humana en las normas internacionales de bioética y, en segundo lugar, analizar el rol clave que juega esta noción en la última Declaración de la UNESCO².

2. La dignidad humana como principio orientador del bioderecho internacional

Tanto la Convención de Oviedo como la Declaración de la UNESCO de 1997 pueden considerarse como los “instrumentos fundadores” del Derecho Internacional biomédico, aun cuando el primero de ellos sólo tenga carácter regional y el segundo limite su objeto al ámbito de la genética humana. Lo que interesa destacar aquí es que ambos documentos asignan un rol preponderante a la noción de *dignidad humana*, que encuadra y da sentido al conjunto de sus normas³. Este fenómeno ha llevado a algunos autores a afirmar que la dignidad humana se erige en “principio matriz” de la bioética inter-

¹ Para un análisis minucioso del valor jurídico de los instrumentos adoptados por la UNESCO en materia de bioética, ver: GROS ESPIELL, Héctor, *Las declaraciones de la UNESCO en materia de bioética, genética y derechos humanos. Su importancia e incidencia en el desarrollo del Derecho Internacional*, en J. A. 2005-III-37, fasc. N° 13.

² Debe aclararse que en este trabajo se emplea la expresión “bioética” en su sentido amplio, que incluye la dimensión *jurídica* de los dilemas planteados por las actividades biomédicas y la regulación normativa de los mismos (o “bioderecho”).

³ Ver mis trabajos: *Bioética y dignidad de la persona*, Tecnos, Madrid, 1998; *La dignidad humana como noción clave en la Declaración de la UNESCO sobre el genoma humano*, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2001, N° 14, ps. 41-53; *Dignity of the person in the light of international biomedical law*, en *Medicina e Morale*, 2005, N° 1, ps. 91-105; *La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique?*, en *Revue Générale de Droit Médical*, 2005, N° 16, ps. 95-102.

nacional⁴. Como veremos más adelante, la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos afianza esta misma tendencia.

Es verdad que la referencia a la dignidad humana no es nueva en el Derecho Internacional. La misma Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se apoya en la “dignidad inherente [...] a todos los miembros de la familia humana” (Preámbulo) para luego afirmar que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (art. 1º). Cabe recordar asimismo que la noción de dignidad humana es invocada explícitamente por la mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos⁵.

Pero si bien el recurso a la dignidad humana no es una novedad en el Derecho Internacional, sobre todo en el ámbito de los derechos humanos, hay que reconocer que nunca antes se había insistido con tanto énfasis en este principio como se lo hace actualmente en el campo del bioderecho⁶. Sin embargo, nos parece exagerado afirmar, como lo hacen algunos autores, que estamos ante *dos nociones opuestas de dignidad*: la “dignidad como facultad” (*dignity as empowerment*), que es la incluida en los clásicos instrumentos internacionales de derechos humanos, y la “dignidad como restricción” (*dignity as constraint*), que sería una creación reciente de los instrumentos relativos a la bioética⁷. Según esta interpretación, la primera noción se identificaría con la capacidad de los individuos para actuar de modo autónomo y con su derecho a aquellas condiciones que favorecen el pleno desarrollo de su personalidad; la segunda noción, en cambio, operaría más allá de las opciones individua-

⁴ LENOIR, Noëlle y MATHIEU, Bertrand, *Les normes internationales de la bioéthique*, PUF, Paris, 1998, p. 16.

⁵ A título de ejemplo se pueden mencionar: la Convención de Ginebra relativa a la protección de civiles en tiempos de guerra de 1949; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

⁶ BEYLEVELD, Deryck y BROWNSWORD, Roger, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 11.

⁷ Beyleveld y Brownsword sugieren tal oposición (ob. cit., ps. 27-29).

les y se relacionaría con la idea de que existen límites a la libertad individual que son fijados por razones de interés general.

En nuestra opinión, no estamos ante dos nociones opuestas de dignidad, sino ante *dos facetas de una misma realidad*. Del principio según el cual los seres humanos poseen un valor inherente resulta, como consecuencia, que cada individuo es titular de derechos y que, *por ese mismo motivo*, merece ser protegido contra aquellos actos que sean contrarios al respeto de tal valor intrínseco. En verdad, estas dos perspectivas de la dignidad, que una autora califica de “subjetiva” y “objetiva” respectivamente, no se excluyen entre sí, sino que se complementan⁸. Es cierto, sin embargo, como veremos a continuación, que la noción de dignidad es a veces utilizada por el bioderecho con un significado más amplio que el que clásicamente se le ha atribuido, a fin de referirse no sólo al valor inherente al ser humano *individual*, sino también al de *la humanidad en su conjunto*. Pero esta noción amplia de dignidad tampoco está en *oposición* con la noción clásica, sino más bien supone su uso con una *significación extensiva*⁹.

¿A qué se debe este fuerte recurso a la dignidad humana en el bioderecho internacional?

La primera y más obvia respuesta a este interrogante es que las actividades biomédicas, por su propia naturaleza, están en relación directa con las prerrogativas más fundamentales de la persona, tales como el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. Es lógico, entonces, que el principio de dignidad humana, que es la fuente de la que emergen todos los derechos, se invoque como una justificación última de toda regulación normativa en la materia.

Otra explicación de este fenómeno es que la noción de dignidad humana es vista como una suerte de *última barrera frente a la amenaza de la alteración de características básicas del género humano* que podrían resultar de ciertos desarrollos biotecnológicos, tales como la clonación reproductiva o las intervenciones en la línea germinal (en

⁸ Ver: MANAI, Dominique, *Les droits du patient face à la biomédecine*, Stämpfli Editions, Berna, 2006, p. 23.

⁹ Ver esta noción extensiva de dignidad en: BIRNBACHER, Dieter, *Ambiguities in the concept of Menschenwürde*, en BAYERTZ, Kurt (dir.), *Sanctity of Life and Human Dignity*, Dordrecht, Kluwer, 1996, ps. 107-121.

el primer caso, estaría principalmente en juego la biparentalidad, es decir, el hecho de provenir de un padre y una madre, así como la identidad genética de las personas; en el segundo, se afectaría la no-predeterminación por terceros de las características de las personas). Téngase en cuenta que, en estos dos supuestos, el recurso a los derechos humanos es insuficiente, porque los derechos siempre se refieren a individuos (o a grupos humanos) *actualmente existentes*. Quien no existe, quien ni siquiera ha sido concebido, no tiene, por definición, ningún derecho. Ahora bien, las técnicas mencionadas afectan, no a individuos, sino a *la especie humana como tal, incluyendo a las generaciones futuras*. Por este motivo, y dada la inoperancia de la noción de derechos humanos en estos casos, los instrumentos internacionales de bioética acuden a la noción de dignidad con la esperanza de que ésta pueda proveer un último argumento para prevenir un abuso de los poderes biotecnológicos desmesurados que el ser humano está adquiriendo sobre la propia especie¹⁰. Esta noción amplia de dignidad puede observarse, por ejemplo, en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, que califica de “contraria a la dignidad humana” tanto a la clonación con fines de reproducción de seres humanos (art. 11) como a las intervenciones en la línea germinal (art. 24). En ambos casos, está claro que no estamos ante individuos actualmente existentes cuya dignidad se vulnera, sino más bien ante prácticas que se consideran contrarias a la *dignidad del género humano*.

3. ¿Puede definirse la dignidad humana?

Hay que reconocer que la noción de dignidad humana es difícilmente

¹⁰ En apoyo de esta argumentación, cabe recordar que durante las discusiones que tuvieron lugar en la UNESCO para la elaboración de un instrumento internacional de protección de las generaciones futuras, entre 1994 y 1997, uno de los borradores preliminares hacía referencia a “los derechos de las generaciones futuras”. Sin embargo, esta expresión fue retirada del documento porque se consideró que la noción de “derechos” siempre hace referencia a *personas existentes*. Por este motivo, el instrumento finalmente aprobado el 12-11-97 se titula “Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras” y evita toda mención de los “derechos” de las generaciones futuras. Cfr.: ZANGHI, Claudio, *Pour la protection des générations futures*, en Boutros Boutros-Ghali. *Amicorum Discipulorumque Liber. Paix, Développement, Démocratie*, Bruylant, Bruselas, 1998, ps. 1459-1478.

definible, sobre todo a nivel legal. De hecho, ningún instrumento internacional ha asumido la tarea, titánica por cierto, de definirla. La Declaración de 2005 no es una excepción en tal sentido. Sólo a nivel del Memorándum Explicativo del Anteproyecto de Declaración (que no tiene, como tal, valor normativo) se brinda una cierta aproximación al contenido de esta noción. En este documento se afirma que “el respeto de la dignidad humana emerge del reconocimiento de que todas las personas poseen un valor incondicional, dado que todas tienen la capacidad de determinar su propio destino moral. El desprecio de la dignidad humana podría conducir a la instrumentalización de la persona humana”¹¹.

¿Por qué la Declaración ha preferido no definir la dignidad humana? Ante todo, porque estamos ante una noción que carga con el peso de una larguísima tradición filosófica y cuya justificación última ha sido explicada de diversos modos a lo largo de la historia, incluso si nos limitamos al mundo occidental. A la *disparidad filosófica* se agrega el obstáculo de la *diversidad cultural*, es decir, el hecho de que toda definición de una noción tan básica está condicionada en buena medida por factores culturales. Es por ello que los instrumentos internacionales, siguiendo en esto el clásico principio *Omnis definitio in jure periculosa est* (“En Derecho, toda definición es peligrosa”), evitan definir la dignidad humana y prefieren dejar librada la determinación de su significado a la intuición común y, en última instancia, al criterio de los tribunales en los casos concretos que se sometan a su decisión.

Esta ausencia de definición de la dignidad humana por el derecho biomédico ha llevado a algunos autores a sostener que esta noción sería puramente retórica e incluso un “concepto inútil” o un “mero

¹¹ UNESCO, Division of Ethics of Science and Technology, *Explanatory Memorandum on the Elaboration of the Preliminary Draft Declaration on Universal Norms on Bioethics*, 21-2-2005, parágrafo 40. En nuestra opinión, el párrafo citado debe ser matizado. Sin duda, la autonomía moral es uno de los principales motivos de la dignidad humana y tal vez la característica que más claramente diferencia al ser humano del resto de los seres vivos. No obstante, de aquí no cabe deducir que sólo los individuos que poseen *in actu* tal capacidad de autodeterminación moral tienen dignidad, porque si así fuera, tanto los recién nacidos como los sujetos carentes de discernimiento quedarían privados de tal valor inherente.

eslogan” de la bioética, porque no significaría más de “lo que ya está contenido en el principio ético de respeto de las personas: la exigencia del consentimiento informado, la protección de la confidencialidad de los pacientes y la necesidad de evitar discriminaciones y prácticas abusivas respecto de ellos”¹².

Esta última conclusión parece apresurada. Es cierto que en ocasiones se emplea la noción de dignidad en forma abusiva y puramente retórica, como si ella pudiera resolver por sí sola todos los dilemas bioéticos o como si bastara invocarla para evitarse el trabajo de desarrollar una argumentación más elaborada. Pero esto no justifica considerar la idea de dignidad como inútil o como un mero sinónimo de la idea de *respeto*. Sin duda, la dignidad inherente al ser humano genera un deber de respeto hacia él. Pero tal respeto no es más que una *consecuencia* de la dignidad. Por ello, confundir ambas nociones sería como identificar una campana con el sonido que ella produce, la *causa* con el *efecto*.

La idea de dignidad tampoco puede reducirse a la *autonomía* de las personas. Si bien el respeto de la autonomía forma parte de lo exigido por la dignidad humana, estas dos nociones no se superponen. Si así fuera, los individuos que aún no gozan de autonomía, como los recién nacidos, o los que ya la han perdido de modo irreversible, como aquellos afectados por enfermedades mentales graves, no poseerían ninguna dignidad y, en consecuencia, ningún derecho, lo que no es el caso.

En realidad, la idea de dignidad se ubica a un nivel superior al de las nociones anteriormente mencionadas y hace referencia al *valor único e incondicional* que tiene la existencia misma de todo ser humano, independientemente de la edad, salud física o mental, origen étnico, sexo, condición social o económica o religión del individuo en cuestión. Es su *condición humana como tal* la que genera un deber de respeto hacia su persona.

De alguna manera, podría decirse que la dignidad constituye el “derecho inderogable por excelencia”¹³, aun cuando *stricto sensu* no sea ella misma un derecho, sino la *f fuente de todos los derechos*. En

¹² MACKLIN, Ruth, *Dignity is a useless concept*, en *British Medical Journal*, 2003, vol. 327, p. 1419.

¹³ LENOIR, Noëlle, *Bioéthique, constitutions et droits de l’homme*, *Diogenè*, octubre-diciembre de 1995, p. 13.

tal sentido, la dignidad es en buena medida una realidad prejurídica, que precede y da fundamento al orden jurídico en su conjunto. Por ello, ciertos derechos, que están más directamente vinculados con la dignidad humana, no pueden ser objeto de limitaciones y deben respetarse en todas circunstancias, incluso en caso de guerra o en “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”¹⁴. Pero en todos los casos, la raíz común de los derechos es la dignidad inherente a todo ser humano. Esta última precisión tiene dos consecuencias importantes. La primera, es que los derechos fundamentales no son una simple concesión de la autoridad política y, por ello, no pueden ser caprichosamente retirados por ella. La segunda, es que los derechos humanos son iguales para todos: si ellos derivan de la dignidad humana, y ésta, por definición, es inherente a todo individuo, todos los seres humanos poseen los mismos derechos fundamentales¹⁵.

En el esfuerzo por aproximarse al significado de la idea de dignidad humana, el célebre imperativo categórico kantiano, en su segunda formulación, es de gran utilidad y facilita la respuesta a algunos dilemas bioéticos. Como es bien sabido, según Kant, cada persona debe ser tratada siempre como un *fin en sí* y nunca como un *simple medio* para satisfacer intereses ajenos¹⁶. Por ello, como el mismo Kant lo destaca, la “dignidad” es exactamente lo contrario del “precio”, es decir de aquel valor que puede darse a cambio de algo. La dignidad se refiere precisamente a algo (o mejor dicho, a *alguien*) que no tiene equivalente, porque por su propia naturaleza es único e irremplazable. Las cosas tienen “precio”; las personas tienen “dignidad”. Esta explicación de la dignidad conlleva una exigencia de *no-instrumentalización de la persona humana* y es sumamente esclarecedora en el campo de la bioética. Esto significa,

¹⁴ No admiten excepción, entre otras, las prácticas siguientes: la privación arbitraria de la vida; la tortura y otros tratamientos inhumanos y degradantes; la experimentación médica sin consentimiento de la persona; la esclavitud; la violación de la libertad religiosa y el desconocimiento del principio de legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Ver art. 4º, inc. 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁵ SCHACHTER, Oscar, *Human Dignity as a Normative Concept*, en *The American Journal of International Law*, 1983, vol. 77, p. 853.

¹⁶ KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 189.

por ejemplo, que no se puede someter a un individuo a experimentos científicos sin su consentimiento o cuando tales experimentos ponen gravemente en peligro su vida; que no es legítimo sacrificar la vida de una persona para salvar a otra que necesita un órgano¹⁷; que no se pueden producir clones humanos o predeterminar las características genéticas de una persona futura para satisfacer los deseos caprichosos de los padres potenciales; que es inaceptable que un individuo se vea forzado a vender un órgano (por ej., un riñón) a fin de cubrir las necesidades de su familia. En todos estos casos, hay una instrumentalización inadmisibles de la persona humana y, por tanto, una práctica contraria a la dignidad humana. Así, a través de la exigencia de no instrumentalización de la persona, el principio de dignidad permite fijar algunos límites éticos a las intervenciones biomédicas en el ser humano.

Pero más allá de los ejemplos extremos mencionados, la idea de dignidad humana también brinda una preciosa orientación a nivel de la *práctica clínica cotidiana*. Cuando médicos y enfermeras tienen bien presente el valor inestimable de cada uno de sus pacientes, su actitud ante ellos cambia totalmente respecto de aquellos supuestos en los que se pierde de vista esta perspectiva. En otras palabras, la idea de dignidad ayuda a que la práctica médica sea algo más que una simple cuestión *técnica* para constituir una actividad profundamente *humana*. El enfermo deja de ser un “caso” del que hay que ocuparse, para devenir una “persona”, es decir un ser único e inefable que necesita ser acompañado en su padecimiento. En síntesis, puede decirse que la noción de dignidad humana juega el rol de *idea directriz* de la ética biomédica. Más allá de su carácter aparentemente vago e impreciso, fija el marco de legitimidad de toda actividad biomédica y, más importante aún, le da su *sentido más profundo*.

¹⁷ Este ejemplo no es puramente académico. En los últimos años se ha denunciado que en China, donde más del 80% de los órganos para trasplantes provienen de condenados a muerte, las extracciones se efectúan sin el previo consentimiento del prisionero o de su familia y que las ejecuciones mismas son planificadas en función de la necesidad de órganos (Ver: PHILIPP, Bruno, *Au cœur du trafic d'organes en Chine*, *Le Monde*, 25-4-2006, ps. 22-23; Informe de prensa de la Asociación Británica de Trasplantes del 19-4-2006: *British Transplantation Society criticizes the alleged use of organs without consent from prisoners executed in the Peoples Republic of China*, en: <http://www.bts.org.uk>).

4. La dignidad humana en la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos

Como ya se ha señalado, la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos sigue el camino trazado por los que hemos denominado “instrumentos fundadores” del bioderecho internacional. Esto se advierte fundamentalmente en dos aspectos: primero, en el recurso a la dignidad humana como fundamento último de sus normas; segundo, en la adopción de los derechos humanos como el marco jurídico en el que se inscriben. A continuación, consideraremos en detalle el primero de estos aspectos.

4.1. La dignidad humana en el Preámbulo de la Declaración

El Preámbulo de la Declaración menciona en dos oportunidades la noción de dignidad humana. La primera, cuando reconoce que “los problemas éticos suscitados por los rápidos adelantos de la ciencia y de sus aplicaciones tecnológicas deben examinarse teniendo en cuenta el debido respeto a la *dignidad de la persona humana*, así como el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. La segunda, cuando, luego de reconocer los grandes beneficios para la humanidad que resultan de los adelantos científicos y tecnológicos, se agrega: “en el reconocimiento de la *dignidad de la persona humana* y el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Como se advierte, la fórmula empleada en los dos casos es prácticamente idéntica. Sin embargo, no creemos que se trata de una repetición inútil. En el primer supuesto, la dignidad es presentada como el *marco de referencia ineludible para toda evaluación ética y jurídica* de los adelantos biomédicos. En el segundo caso, se quiere enfatizar la idea según la cual los adelantos científicos y tecnológicos contribuyen al bienestar de individuos, familias, grupos y de la humanidad toda *en la medida en que promuevan el respeto de la dignidad*. En otras palabras, un aporte tecnocientífico no supone un *auténtico progreso* si atenta contra el valor incondicional de la persona humana.

4.2. *El respeto de la dignidad humana como objetivo de la Declaración*

Entre los objetivos perseguidos por la Declaración, el artículo 2º menciona en su inciso “c” el de “promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Es interesante destacar que éste es prácticamente el único objetivo *substancial* incluido en la enumeración del artículo 2º, ya que la mayoría de las finalidades mencionadas tienen un carácter meramente *formal* o *procedimental*, que reciben su *contenido* del esfuerzo por asegurar el respeto de la dignidad humana. Es el caso de objetivos tales como “proporcionar un marco de principios y procedimientos que sirvan de guía a los Estados” (inc. a), “orientar la acción de individuos, grupos, comunidades, instituciones y empresas, públicas y privadas” (inc. b) y “fomentar un diálogo multidisciplinario y pluralista sobre las cuestiones de bioética” (inc. e).

En todo caso, queda claro que la finalidad de la Declaración no es *negativa*, es decir, de oposición irracional o arbitraria a los desarrollos biomédicos, sino eminentemente *positiva*, de promoción de la dignidad humana en el ámbito específico de la biomedicina. Esta misma formulación en términos positivos se reafirma en el inciso “d” del mismo artículo 2º, que reconoce la importancia de “la libertad de investigación científica y las repercusiones beneficiosas del desarrollo científico y tecnológico”, al mismo tiempo que destaca la necesidad de que tales adelantos “respeten la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Se trata, por tanto, de armonizar estos dos intereses aparentemente contradictorios. Por un lado, la ciencia, en cuanto constituye una de las expresiones más elevadas del saber humano, debe gozar de la mayor *libertad* para avanzar en los diversos campos en los que actúa. En este sentido, cabe recordar que la libertad de la ciencia es concebida por el Derecho Internacional como una extensión de la libertad de pensamiento y de expresión¹⁸. A esta jus-

¹⁸ Ver por ejemplo: artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; artículos 9º y 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos

tificación fundamental de la libertad científica se agrega el motivo evidente de que, en las sociedades modernas, la mejora de la calidad de vida de la población está en gran medida ligada a la promoción de los progresos científicos y técnicos.

Pero, por otro lado, no debe olvidarse que la actividad científica, como toda otra actividad humana, no tiene una *libertad absoluta* que le permita actuar al margen de la ética y del respeto de los derechos humanos. Esto, que hoy parece obvio, no lo era tanto hace apenas algo más de medio siglo. El positivismo triunfante del siglo XIX tendía a presentar a la ciencia como una actividad que escapaba a todo juicio crítico al erigirse en el instrumento por excelencia del progreso ilimitado en el que la humanidad se creía embarcada. Pero desde mediados del siglo XX, sobre todo luego del empleo de la bomba atómica en Hiroshima y del horror de la experimentación con seres humanos en los campos de concentración nazis, la actitud ante la ciencia ha perdido algo del optimismo ingenuo del pasado. Actualmente coexiste una confianza moderada en los beneficios que promete la ciencia con una mayor prudencia ante los nuevos riesgos que sus aplicaciones pueden generar, tanto para la integridad física de las personas como para el medio ambiente planetario. Las recientes normas y directivas internacionales en materia de bioética reflejan la mayor cautela que caracteriza a la actitud moderna ante la ciencia y la técnica. En esta búsqueda de un equilibrio, como ya se ha destacado, la Declaración de 2005 se inscribe claramente en la línea trazada tanto por la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos¹⁹ como por la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa²⁰.

de 1950; artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; artículo 13 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000.

¹⁹ El Preámbulo de la Declaración de 1997 reconoce “que las investigaciones sobre el genoma humano y sus aplicaciones abren inmensas perspectivas de mejoramiento de la salud de los individuos y de toda la humanidad”, pero destaca que tales investigaciones “deben al mismo tiempo respetar plenamente la dignidad, la libertad y los derechos de la persona humana”. Por su parte, el artículo 15 dispone que “los Estados tomarán las medidas apropiadas para fijar el marco del libre ejercicio de las actividades de investigación sobre el genoma humano respetando los principios establecidos en la presente Declaración, a fin de garantizar el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana y proteger la salud pública”.

²⁰ Según el Preámbulo de la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina,

4.3. *El respeto de la dignidad humana como primer principio bioético*

La referencia a ciertos principios orientadores es ineludible en bioética, dado que ésta es una disciplina esencialmente *valorativa*. En efecto, la bioética no pretende ser una mera *descripción* neutra de ciertos hechos científicos y de los problemas que plantean, sino que aspira a dar una *respuesta* a dichos dilemas o, al menos, a crear el *marco de referencia valorativo* que facilite la búsqueda de una solución adecuada de los mismos.

La propuesta de principios bioéticos más conocida es la efectuada en 1979 por los norteamericanos Tom Beauchamp y James Childress en su libro *Principles of Biomedical Ethics*²¹. Esta obra, que ha sido el manual de bioética más influyente en los Estados Unidos y por extensión en buena parte del mundo occidental durante varios años, sugiere que existen cuatro principios que guían las decisiones en bioética: autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia. Según este esquema, los cuatro principios tienen prima facie el mismo valor. Ello significa que todos deben ser respetados, excepto cuando entran en conflicto; en tal supuesto, sólo las *circunstancias* pueden establecer un orden jerárquico entre ellos²².

Esta forma de entender los principios bioéticos ha sido criticada desde diversas perspectivas. Así por ejemplo, en España, Diego Gracia sugiere que la no maleficencia y la justicia tienen prioridad sobre la beneficencia y la autonomía. Es decir, el deber del médico de no hacer daño y de no ser injusto es superior al de hacer el bien y de respetar

uno de los motivos que justifican este instrumento es la constatación de la existencia de “actos que podrían poner en peligro la dignidad humana por un uso impropio de la biología y la medicina”. Por ello, el art. 1º señala que el objetivo de la Convención es “proteger al ser humano en su dignidad e identidad, garantizando a toda persona, sin discriminación, el respeto de su integridad y de sus otros derechos y libertades fundamentales en relación con las aplicaciones de la biología y la medicina”.

²¹ La última versión es la quinta (Oxford University Press, New York, 2001).

²² El denominado “principalismo” bioético tiene también sus orígenes en el denominado *Informe Belmont*, fruto del trabajo realizado entre 1974 y 1979 por la *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*. Esta comisión recibió por ley el encargo de elaborar una guía acerca de los criterios éticos que debían guiar la investigación con seres humanos.

la autonomía de los pacientes. Por eso, los profesionales de la salud deben, ante todo, no hacer daño (*primum non nocere*) y no ser injustos, pero no están siempre obligados a ser beneficiarios (fuera del caso de relaciones especiales)²³.

Otra importante objeción a la teoría de Beauchamp y Childress es que los principios que proponen pueden difícilmente guiar las acciones concretas si no están enmarcados en el contexto de una teoría moral más amplia que juegue un rol unificador²⁴. En tal sentido, como hemos destacado, la tendencia que parece afianzarse en los documentos internacionales de bioética es la de asignar tal rol protagónico al principio de dignidad humana. No es por ello casual que en la enumeración de principios que hace la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, el primer lugar corresponda al que afirma la necesidad de “respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales” (art. 3º, inc. 1º). El Memorandum Explicativo del Anteproyecto de Declaración no deja ninguna duda respecto del valor eminente de este principio cuando afirma que la Declaración “ancla los principios que afirma en las normas que gobiernan la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales”²⁵.

También es útil recordar que el principio de respeto de la dignidad humana fue el único que mereció la aprobación unánime, sin reserva u objeción alguna, por parte de los Estados miembros, que fueron consultados entre enero y marzo de 2004, en el marco de los trabajos preparatorios de la Declaración²⁶.

¿Por qué el artículo 3º menciona la dignidad humana junto con

²³ GRACIA, Diego, *Procedimientos de decisión en ética clínica*, Eudema, Madrid, 1991.

²⁴ CLOUSER, Karl D. y GERT, Bernard, *A Critique of Principlism*, en *The Journal of Medicine and Philosophy*, 1990, vol. 15, p. 232. Ver también de los mismos autores, en coautoría con CULVER, Charles, *Bioethics. A Return to Fundamentals*, Oxford University Press, New York, 1997.

²⁵ UNESCO, Division of Ethics of Science and Technology, *Explanatory Memorandum on the Elaboration of the Preliminary Draft Declaration on Universal Norms on Bioethics*, 21-2-2005, parágrafo 12.

²⁶ Ver los resultados de la encuesta con los Estados miembros en <http://www.unesco.org/bioethics/> bajo el título: *Different stages of the elaboration of the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*.

“los derechos humanos y las libertades fundamentales”? ¿No hubiera sido preferible reservar un artículo para referirse en forma exclusiva a la dignidad humana, a fin de poner más claramente de manifiesto el rol eminente que se entiende asignarle a esta noción? Personalmente, hubiéramos preferido esta solución. Pero la opción que ha prevalecido en los debates preparatorios del documento también tiene su explicación. En primer lugar, con la referencia simultánea a los derechos y libertades de la persona se quiere indicar que la dignidad humana normalmente se *concreta* a través de estas nociones. Es decir, la dignidad humana, para ser *operacional* en el campo bioético, necesita la ayuda de otros conceptos más específicos, que son generalmente formulados usando la terminología de los derechos y libertades. Es el caso, por ejemplo, de nociones tales como “consentimiento informado”, “integridad física”, “confidencialidad de los datos personales”, “no discriminación”, etcétera. En segundo lugar, se quiere dejar en claro que la noción de dignidad humana no es meramente filosófica o especulativa, sino también *jurídica*. Más aún, es el *fundamento mismo de los derechos y libertades*, tal como lo destacan los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, que reconocen que “estos derechos *se derivan* de la dignidad inherente a la persona humana”²⁷.

En verdad, la necesidad de acudir a los derechos humanos para implementar el principio de dignidad humana en el campo de la bioética ya había sido percibida por los anteriormente mencionados instrumentos de la UNESCO y del Consejo de Europa de 1997 que, al igual que la Declaración de 2005, incluyen en sus mismos títulos una referencia explícita a los derechos humanos. De hecho, la casi totalidad de los documentos internacionales relacionados con la bioética, ya sea los adoptados por organismos gubernamentales como no gubernamentales, acuden al marco de los derechos humanos para encauzar los principios que proponen²⁸.

²⁷ Ver, por ejemplo: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Preámbulo); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (Preámbulo).

²⁸ Ver: THOMASMA, David, *Proposing a New Agenda: Bioethics and International Human Rights*, en *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2001, vol. 10,

A esta altura de nuestro análisis, resulta interesante destacar que el artículo 3º, inciso 2º de la Declaración, si bien no menciona explícitamente la dignidad humana, enuncia el *principio de prioridad de la persona sobre la ciencia y la sociedad*, que es un corolario directo de la idea de dignidad. Con esta norma se quiere principalmente recordar que la ciencia no es un *fin en sí*, sino que es un *medio*, excelso sin duda, pero medio al fin y que su objetivo no es otro que el de *servir a la persona humana*. Debe señalarse que este principio reconoce su origen en la Declaración de Helsinki sobre investigaciones médicas en seres humanos de la Asociación Médica Mundial de 1964/2000 (art. 5º), habiendo sido luego incorporado, con una fórmula muy semejante, en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO (art. 10) y en la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa (art. 2º).

4.4. *La dignidad humana como exigencia de no discriminación y no estigmatización*

Además de configurar el *objetivo* mismo de la Declaración y de ser reconocido como *primer principio bioético*, el respeto de la dignidad humana es invocado en el artículo 11, que dispone que “ningún individuo o grupo debería ser sometido por ningún motivo, en violación de la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales, a discriminación o estigmatización alguna”. La dignidad humana es presentada en este caso como *exigencia de no discriminación y no estigmatización*. Esto no es sorprendente. Como ya hemos recordado, la idea de dignidad supone, por definición, que todo ser humano posee un valor inherente, que deriva de su *mera condición humana* y es por tanto independiente de cualquier cualidad accesoria que pudiera corresponderle. Como consecuencia, ese valor es *el mismo* para todos y los *derechos* que se derivan de ese valor inherente son también los

ps. 299-310. Ver también nuestro artículo: *Global bioethics at UNESCO: In Defence of the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, en *Journal of Medical Ethics* (en prensa).

mismos. Por ende, las prácticas discriminatorias constituyen una violación directa del principio de dignidad²⁹.

Puede afirmarse que, junto con la dignidad humana, el principio de igualdad de derechos constituye el cimiento en el que se apoya todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos³⁰. El principio de igualdad y la exigencia de no discriminación (que es su consecuencia) son normalmente enunciados en relación con categorías particulares de derechos y situaciones: participación de todos los ciudadanos en los asuntos públicos, igualdad de derechos de hombres y mujeres, igualdad en el empleo y la enseñanza, derechos del niño, etcétera. La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos hizo una aplicación original de este principio en el ámbito de la genética, al excluir la discriminación basada en las *características genéticas* de las personas (art. 6°); la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos agregó a ello la exigencia de *no estigmatización* de grupos humanos por razones genéticas (art. 7°), noción que hace referencia a la *desvalorización social* de determinados grupos humanos (por ej., grupos étnicos) en virtud de su posible propensión a ciertas enfermedades de origen genético. La Declaración de 2005 ha optado por una formulación general del principio de no discrimi-

²⁹ Debe aclararse que por “discriminación” entendemos aquí el tratamiento desigual de una persona o grupo de personas que las coloca en una situación de inferioridad respecto de otras, sin que existan razones objetivas y legítimas que justifiquen tal trato diferencial.

³⁰ Ver: Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (art. 2°, inc. 1°); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art. 26); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art. 2°, inc. 2°).

nación y no estigmatización, sin especificar ninguna razón particular. En nuestra opinión, hubiera sido preferible que la norma hiciera una referencia concreta al ámbito biomédico. En tal sentido, el cuarto borrador de la Declaración, elaborado en diciembre de 2004, era más preciso, pues aludía al “sexo, edad, discapacidad o todo otro estado físico o mental o situación social, la enfermedad o las características genéticas” como circunstancias que no justifican ni la discriminación ni la estigmatización de personas o grupos humanos en ninguna “decisión o práctica” con relevancia bioética (art. 10). El Anteproyecto de Declaración, concluido en enero de 2005, suprimió la referencia a los motivos de discriminación o estigmatización, pero mantuvo la alusión a “toda decisión o práctica” con relevancia bioética (art. 8º). La versión final de la Declaración ha suprimido la frase “toda decisión o práctica” en todos los artículos, con lo que debe reconocerse que el actual artículo 11 ha quedado formulado de un modo muy vago, que lo hace de algún modo reiterativo de lo ya expresado por la Declaración Universal de Derechos Humanos³¹. De cualquier manera, parece claro que el principio de no discriminación enunciado por este artículo debe entenderse en relación con las prácticas biomédicas, ya que ése es el campo propio de aplicación de la Declaración, según lo dispone su artículo 1º³².

4.5. *La dignidad humana como marco del respeto de la diversidad cultural*

La dignidad humana también es mencionada por la Declaración en su artículo 12, que trata acerca del respeto de la diversidad cultural y del pluralismo y dispone: “Se debería tener debidamente en cuenta la importancia de la diversidad cultural y del pluralismo. No obstante, estas consideraciones no habrán de invocarse para atentar contra la

³¹ “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 7º).

³² “La Declaración se aplica a las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales” (art. 1º de la Declaración).

dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales o los principios enunciados en la presente Declaración, ni tampoco para limitar su alcance”.

Esta norma retoma en forma casi literal lo previsto por la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural del 2 de noviembre de 2001 y por la Convención sobre la Promoción y Protección de la Diversidad de las Expresiones Culturales del 20 de octubre de 2005³³. Ambos instrumentos, adoptados por la UNESCO, reflejan bien la preocupación constante que ha tenido esta organización por promover el respeto de la diversidad cultural. Cabe recordar que tal respeto constituye incluso uno de los imperativos básicos de la UNESCO, como resulta de su propia Constitución³⁴.

Sin embargo, si bien el artículo 12 de la nueva Declaración tiene gran semejanza con las normas análogas de los dos citados instrumentos, es interesante destacar que éstos se limitan a mencionar “los derechos humanos y las libertades fundamentales”, mientras que la Declaración sobre Bioética y Derechos Humanos incluye también a la “dignidad humana” entre los elementos que fijan el marco del respeto

³³ “Los derechos humanos, garantes de la diversidad cultural: La defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos autóctonos. Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el Derecho Internacional, ni para limitar su alcance” (art. 4º de la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural); “Principio de respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales: Sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, información y comunicación, así como la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales. Nadie podrá invocar las disposiciones de la presente Convención para atentar contra los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y garantizados por el Derecho Internacional, o para limitar su ámbito de aplicación” (art. 2º, inc. 1º de la Convención para la Promoción y Respeto de la Diversidad de Expresiones Culturales).

³⁴ “Deseosa de asegurar a sus Estados Miembros la independencia, la integridad y la fecunda diversidad de sus culturas y de sus sistemas educativos, la Organización se prohíbe toda intervención en materias que correspondan esencialmente a la jurisdicción interna de esos Estados” (art. I, inc. 3º de la Constitución de la UNESCO del 16-11-45).

de la diversidad cultural, como para destacar la relevancia especialísima que tiene esta noción en el campo de la bioética.

Hay que reconocer que el punto de equilibrio entre el respeto de la diversidad cultural y la protección de la dignidad humana y los derechos humanos no es fácil de encontrar. Por un lado, debe evitarse el riesgo de una uniformización excesiva de principios que conlleva toda normativa internacional, sobre todo en un ámbito tan sensible como la bioética. Hay que recordar que la diversidad cultural es una “fuente de intercambios, de innovación y de creatividad”³⁵ y una “gran riqueza para los individuos y las sociedades”³⁶, a punto tal de poder afirmarse que tal diversidad es “tan necesaria para el género humano como lo es la biodiversidad para los organismos vivos”³⁷.

Pero, por otro lado, está claro que el principio de respeto de la diversidad cultural *no es absoluto*, sino que se encuadra en el marco de respeto de la dignidad humana y los derechos humanos. Dicho de otro modo, no puede invocarse la diversidad de tradiciones socioculturales o religiosas como *excusa* para justificar prácticas que son contrarias al valor inherente de la persona humana. De esta forma, el respeto de la dignidad humana, junto con el de los derechos humanos y las libertades fundamentales, vienen a fijar los límites del legítimo pluralismo cultural.

4.6. *La dignidad humana como parámetro interpretativo de la Declaración*

La referencia a la dignidad humana cierra la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos a modo de “broche de oro”: “Ninguna disposición de la presente Declaración podrá interpretarse como si confiriera a un Estado, grupo o individuo derecho alguno a emprender actividades o realizar actos que vayan en contra de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana” (art. 28).

Se trata de la norma, ya tradicional en los instrumentos internacio-

³⁵ Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, art. 1º.

³⁶ Convención para la Promoción y Respeto de la Diversidad de Expresiones Culturales, art. 2º, inc. 6º.

³⁷ Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, art. 1º.

nales de derechos humanos, que brinda una pauta interpretativa destinada a evitar toda distorsión de los principios enunciados³⁸. ¿Por qué se hace necesaria una norma de este tipo? Porque esta categoría de instrumentos, por más esmero que pongan sus autores, se presta inevitablemente a diversas, e incluso opuestas, interpretaciones. Este problema, que existe en toda norma jurídica, se presenta con mayor agudeza en los instrumentos internacionales, que suelen ser formulados en términos mucho más generales que las normas de Derecho interno. Se trata, con este tipo de cláusulas, de prevenir un abuso interpretativo que podría llevar a desvirtuar los derechos reconocidos o a restringirlos más allá de las limitaciones previstas por el propio instrumento o por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Tal como ocurre con el artículo 12, la originalidad de la Declaración en este aspecto radica en que el artículo 28, además de los derechos y libertades, agrega la referencia a la *dignidad humana*, que no existe en las normas análogas de los instrumentos internacionales de derechos humanos, ni siquiera en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos³⁹. Es así como se le asigna un rol inédito a la dignidad humana, en cuanto se la propone como un criterio que está llamado a iluminar la labor interpretativa del conjunto de la Declaración. Esto significa que, para determinar si una norma de la Declaración es invocada de un modo adecuado o, por el contrario, de una forma que desvirtúa la finalidad para la que fue incluida, no se trata sólo de acudir a las normas internacionales que consagran los derechos humanos y las libertades fundamentales, sino a la *idea misma de dignidad humana*. Es decir, en caso de conflicto entre diversas posibles lecturas de una norma de la Declaración, prevalecerán aquellas que sean compatibles con el respeto que es debido a la persona humana en virtud de su valor inherente.

³⁸ Ver art. 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 17 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

³⁹ Ver art. 25 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

5. Conclusión

Una de las características más destacadas del Derecho Internacional Biomédico es la de asignar un rol central a la noción de dignidad humana. Esta tendencia, inaugurada por la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO y por la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa, se afianza aún más con la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos en cuanto: primero, la promoción del respeto de la dignidad humana en el ámbito biomédico configura el objetivo más sobresaliente del documento; segundo, tal respeto constituye el primer principio propuesto, junto con el de los derechos humanos y las libertades fundamentales; tercero, la dignidad es reconocida como garantía de no discriminación y no estigmatización de las personas o grupos de personas; cuarto, este principio fija el límite del respeto que se debe a la diversidad cultural; quinto, la dignidad humana asume el papel de parámetro interpretativo del conjunto de las normas de la Declaración.

INTRODUCCIÓN A UN CURSO DE DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

por FRANÇOIS CHABAS*

SUMARIO: I. Un vínculo de derecho (*vinculum juris*). II. La constrictión (*adstringimur*).
III. La prestación (*alicujus solvendæ rei*).

Luis Andorno no ha sido sólo un gran pensador, cuyos escritos permanecerán, ni un magistrado íntegro; él ha sido un gran profesor admirado y amado por sus alumnos, tanto argentinos como franceses.

Las líneas que siguen están dedicadas al profesor.

Queremos mostrar que si, ciertamente, el Derecho de las Obligaciones ha evolucionado profundamente, especialmente en el ámbito de la responsabilidad civil, la definición de obligación permanece casi inmutable y, quizás, el método para estudiarla puede seguir inspirándose en prácticas medievales.

He aquí, pues, una especie de glosa de la definición que Paulo ha dado de la obligación:

Paulo, que vivió en el siglo III en el reino de Caracalla, escribió:

Obligatio est vinculum juris quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei.

Esta definición puede traducirse libremente: “La obligación es un vínculo de derecho por cuya fuerza vinculante estamos constreñidos a una prestación en favor de otro”.

Así aparecen los tres puntos esenciales que constituirán nuestro plan: un vínculo de derecho, una fuerza que constriñe, una prestación.

* Profesor de la Facultad de París XII.

I. Un vínculo de derecho (*vinculum juris*)

La obligación es un vínculo de derecho que enfrenta, al menos, un deudor y un acreedor. De ahí, el nombre de “crédito” o de “deuda” que se da a la obligación, según el patrimonio que se considere.

Este vínculo entre hombres es capital. Esto explica que en los orígenes, la cesión de créditos haya sido difícil y que, en nuestros días, incluso, la cesión de deudas *ut singuli* (y no a título de accesorio) no exista en el Derecho francés.

Sin embargo, la transmisión de créditos está reglada en el Código Civil, y el Derecho Comercial ha añadido procedimientos rápidos.

No obstante, parece que si bien en lo que concierne al crédito, el *intuitu personæ* debe ser estipulado o debe resultar de la naturaleza del contrato, está como sobreentendido *ipso facto* respecto de la deuda (*væ debitoribus*).

Está claro que aunque los romanos no conocían el concepto de patrimonio, eran conscientes de que la consistencia de la fortuna del deudor podía disminuir entre el nacimiento de la obligación y el momento en el que se tornaba exigible.

De allí la invención de las “garantías”, sean personales (en las que se agrega otro deudor, tal como la fianza), sean reales (uno se hace acordar una seguridad sobre un bien con derecho de preferencia y de persecución, tal como la hipoteca).

Garantía o no, nada impide que todo el patrimonio del deudor sea la “prenda” (en sentido amplio) de sus acreedores (art. 2092, Cód. Civ. francés).

Hasta ahora, hemos razonado como si fuese ineluctable que la obligación suponga, al momento de su nacimiento, un acreedor. El Derecho Romano así lo exigía; el Derecho alemán (no obstante, muy a menudo heredero fiel del Derecho Romano) conoce la voluntad unilateral como fuente de obligación. Una persona se compromete “indeterminadamente” (*en l’air*, en francés), hacia “quien quiera” devenir su acreedor.

A pesar de los esfuerzos hechos por el profesor Mestre durante veinte años para encontrar aplicaciones de esta fuente en el Derecho francés, reconocemos que existen algunos casos legales (por ej., en el Derecho Concursal), pero ningún principio general en este sentido ha sido formulado ni por la ley ni por la Corte de Casación francesa.

Así, pues, la obligación permanece “a priori” como un vínculo entre dos personas –ahora diremos entre dos patrimonios–. ¿Qué poder da ella?

II. La constricción (*adstringimur*)

En el Derecho Romano primitivo el poder del acreedor era inmenso: podía encerrar al deudor recalcitrante en su prisión para los esclavos y hasta venderlo (*trans tiberim*).

Después de esa época, las cosas se han dulcificado. Sin embargo, lo que los alemanes llaman “haftung” (constreñimiento), por oposición a la “schuld” (objeto de la obligación), subsiste.

La prisión por deudas, casi suprimida a fines del siglo XIX, ha subsistido hasta 1958 para la deuda de daños y perjuicios. Existe todavía y es empleada para las deudas de orden fiscal o penal. Pero, dado que el patrimonio responde por las deudas, los acreedores pueden ejecutarlo¹.

Sin embargo, debe remarcar que la ejecución *manu militari* sobre la persona está prohibida para las obligaciones de hacer y de no hacer, transposición en el artículo 1142 del Código Civil francés del adagio

¹ La constricción no es de la esencia de la obligación. Existen obligaciones cuya ejecución no puede ser demandada judicialmente. Éstas son las obligaciones naturales. La ejecución es un pago y no una liberalidad, pero uno no puede ser forzado a ejecutarlas. Los clásicos conocen dos formas: las obligaciones civiles abortadas (ellas nunca llegaron a nacer), tal como la obligación alimentaria entre hermanos en Francia; y las obligaciones civiles degeneradas; tales son entre nosotros, las obligaciones prescriptas. Consideramos que la prescripción no ataca el derecho, sino la acción. No puedo exigir el pago de la obligación prescripta, pero mi deudor mantiene esa calidad y pagar no es de su parte una liberalidad.

nemo præcise cogi potest ad factum, por lo que, a menudo, la condena a ejecutar una obligación de ese tipo resultaba letra muerta: “deca-dencia de la fórmula ejecutoria” ha podido escribir un autor. Es por esto que, con el fin de paliar esta decadencia, y para defender *su* poder judicial y también a los acreedores, los jueces franceses, a fines del siglo XIX, inventaron las “astreintes”. Éstas son condenaciones a una suma de dinero, más o menos alta, según sea el número de infracciones a la orden judicial o el tiempo transcurrido después de la condena. El procedimiento adoptado actualmente por la ley es de aplicación muy frecuente.

Pero ¿qué contiene esa orden judicial (acompañada o no de una astreinte)? Éste es el problema de:

III. La prestación (*alicujus solvendæ rei*)

Se trata ahora del objeto de la obligación: lo que debe cumplir el deudor.

Ahora bien, también en este ámbito, las categorías del Derecho Romano continúan siendo utilizadas. Al igual que en el Derecho Ro-mano, nosotros distinguiremos las obligaciones de hacer, de no hacer y de dar.

Si las dos primeras hablan por ellas mismas y no necesitan de mayores explicaciones, la obligación de dar ha suscitado discusiones. En su traducción exacta *dare* (dar) no significa hacer una donación, sino transferir la propiedad. Esto era fundamental en Roma y así es actualmente en los países que, como en aquel sistema, no conocen la transferencia de la propiedad *solo consensu*. De allí un formalismo traslativo según una de las tres formas: la *traditio*, la *mancipatio*, la *in jure cessio*.

No obstante, algunos dicen que esto ya no sirve porque el Código Civil francés (rompiendo con el antiguo Derecho francés) instauro la transferencia de propiedad *solo consensu*. Esto es verdad, pero vale sólo para el objeto cierto y no para las cosas fungibles. La propiedad de estas últimas se transfiere por la *traditio* (en extremo rigor, por la individualización de la cosa). Es necesario pues comprender que

la obligación de dar subsiste, por ejemplo, en toda venta, para el precio, dado que el dinero es cosa fungible y consumible.

Sin embargo, algunos se obstinan en negar la autonomía de la obligación de dar: para ellos, ella sería el accesorio de la entrega. La entrega no sería la ejecución de la obligación de dar; por el contrario, la absorbería. No estamos convencidos. Pero esperamos haber convencido al lector de la utilidad de continuar aprendiendo el Derecho Romano. El nuestro no es sino su hijo.

**I CONTRATTI BANCARI NEL “CODICE
EUROPEO DEI CONTRATTI”
(Dopo il convegno pavese del novembre 2006)**

por GIUSEPPE GANDOLFI*

Per gli “Studi in onore del Prof. LUIS ANDORNO”

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Considerazioni preliminari sui problemi da affrontare nel convegno. 3. Segue: indicazioni propositive di larga massima. 4. Un rapido sguardo alle normative comunitarie. 5. Segue: in tema di doveri di comportamento e di organizzazione delle banche. 6. I risultati del dibattito in una “relazione interlocutoria”. 7. I lavori del convegno: iniziali perplessità destinate a dissolversi. 8. Proposte di ordine metodologico: alcune norme generali di carattere introduttivo? 9. Segue: la sobrietà legislativa come requisito essenziale in questa tematica. 10. L’esame delle figure contrattuali contenute nel “questionario”: le cassette di sicurezza. 11. Segue: il deposito bancario. 12. Segue: l’apertura di credito bancario. 13. Segue: l’anticipazione bancaria. 14. Segue: lo sconto bancario. 15. Segue: le operazioni bancarie in conto corrente. 16. Verso l’ora di chiusura del convegno.

1. Premessa

E’ opportuno che nel “Codice europeo dei contratti” vengano dedicate alcune norme alle operazioni bancarie e finanziarie, e se sì, quali? Questo il problema che ha costituito oggetto di un vivace dibattito nel convegno che l’Accademia dei Giusprivatisti Europei ha tenuto all’Università di Pavia nei giorni 24-26 novembre 2006. In esso –ne anticipo subito l’esito– è stata accolta la proposta di destinare a

* Professore emerito dell’Università di Pavia.

questa tematica un Titolo del Libro secondo relativo ai singoli contratti e agli obblighi extracontrattuali, che nella parte sinora ultimata¹ è stato presentato all'Unione Europea durante il semestre austriaco di presidenza, in una cerimonia svoltasi il 6 giugno 2006 a Vienna, al Ministero della Giustizia.

Dall'inizio degli anni Novanta, nell'ambito dell'Accademia medesima sono condotte indagini comparatistiche sulla base anche di "questionari", che consentono di raccogliere organicamente le proposte di soluzioni per la stesura delle relative norme: proposte che vengono poi discusse nei periodici incontri accademici. Per le operazioni bancarie e finanziarie il "questionario" è stato redatto facendo riferimento alle relative disposizioni del codice civile italiano. E questo modo di procedere, già adottato per i lavori preparatori del Libro primo, si è rivelato senz'altro opportuno. Con un siffatto aggancio, sia pure non più che indicativo, a norme e soluzioni collaudate dalla prassi, è stato possibile orientare in modo coordinato le ricerche preliminari, che si sono concretizzate in cospicui contributi scritti recanti proposte notevoli, e indirizzare successivamente la discussione durante il convegno predetto.

Il codice italiano è invero l'unico fra quelli europei che ha dedicato a questi contratti varie norme, anzi un intero capo², prima che con la riforma del codice tedesco entrata in vigore nel 2002 venissero in quest'ultimo introdotte delle norme su operazioni bancarie³; il che è pure avvenuto nel progetto di riforma del codice civile argentino.

Farò qui un rapido *excursus* sui predetti lavori congressuali del

¹ Relativa alla vendita ed ai contratti collaterali seguenti: vendita con riserva di gradimento, a prova e su campione; vendita con riserva della proprietà; leasing; vendita con patto di riscatto; contratto estimatorio; somministrazione; vendita con patto di esclusiva; concessione di vendita; affiliazione commerciale per la vendita (franchising); vendita all'asta (artt. 174-220). Questo Titolo primo è pubblicato, nella versione in lingua italiana, sulla rivista *Europa e diritto privato*, 2006, pagg. 1229-1281.

² Il XVII, del Titolo III (sui singoli contratti), del Libro IV, cod. civ. it.: artt. 1834-1860, relativi ai depositi bancari, al servizio delle cassette di sicurezza, all'apertura di credito bancario, all'anticipazione bancaria, alle operazioni bancarie in conto corrente e allo sconto bancario.

³ §§ 676a-676h, BGB relativi all'*Überweisungsvertrag*, allo *Zahlungsvertrag*, al *Girovertrag*.

novembre 2006, dopo aver sintetizzato le considerazioni che avevo espresso, come di consueto, in una “relazione introduttiva” volta ad indirizzare il dibattito: destinato ad accertare quali norme del codice italiano possano tuttora, nel contesto europeo, avere una ragion d’essere, pur con aggiornamenti, modifiche o integrazioni, e quali altre norme debbano ad esse affiancarsi nel titolo che sia dedicato alla tematica in esame.

2. Considerazioni preliminari sui problemi da affrontare nel convegno

Avevo ritenuto necessario premettere, nella “relazione” suddetta, che le norme del codice italiano entrarono in vigore quando il settore bancario era retto da un regime giuridico in virtù del quale le banche, *lato sensu* intese, erano imprese che esercitavano una funzione di interesse pubblico, soggetta ad autorizzazioni e controlli. E tale regime era improntato ad un criterio di “specializzazione”, in base al quale erano banche “ordinarie” –dette anche “aziende di credito”– quelle che raccoglievano “fra il pubblico depositi a vista o a breve termine”⁴ e di conseguenza esercitavano l’attività creditizia “a breve termine” (essendo invece “istituti di credito”⁵ le imprese che esercitavano il credito a medio o a lungo termine). Ma da qualche decennio tale regime e il dualismo che lo caratterizzava, pur permanendo un sistema di autorizzazioni e di controlli, sono venuti meno, come sono mutati gli ordinamenti vigenti in altri Stati, anche per effetto di interventi comunitari ove, com’è noto, risulta attribuita alle banche la denominazione di “enti creditizi”, quali “imprese la cui attività consiste nel ricevere dal pubblico depositi ed altri fondi rimborsabili e nel concedere prestiti per conto proprio”⁶. Inoltre nel settore del credito la fenomenologia si è nel frattempo notevolmente arricchita. Sono anche entrati in gioco altri soggetti, con diverse funzioni. Ma soprattutto si sono

⁴ Art. 5, legge 7 marzo 1938 n. 141.

⁵ Art. 41, legge 7 marzo 1938 n. 141, pred.

⁶ Direttiva 77/780/CEE del Consiglio del 12 dicembre 1977, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative regolamentari e amministrative riguardanti l’accesso all’attività degli enti creditizi e il suo esercizio, art. 1.

venute imponendo nuove tecniche e metodologie, senza parlare del mezzo elettronico e del ruolo che esso già esercita e potrà in futuro sempre maggiormente esercitare: mi vien fatto di accennare, in linea esemplificativa, alla “moneta elettronica”⁷ quale emessa dai relativi “istituti”, come consentito anche dalla legge italiana.

Le considerazioni che precedono –osservavo– dovranno indurci anzitutto a verificare se le norme riportate nel “questionario” risentano dell’impostazione pubblicistica in vigore all’atto della loro promulgazione. E comunque dovremo chiederci se in un codice europeo dei contratti, destinato ad entrare in vigore nel terzo millennio, la sempre più intensa attività delle banche nei rapporti quotidiani esiga di essa una più specifica e articolata considerazione, ben oltre gli schemi già in Italia codificati.

Tale sempre più frequente presenza della banca nella vita quotidiana è dovuta non solo alle esigenze dei traffici, ma anche a ragioni connesse con i problemi della sicurezza e della prova. E’ comunque necessario che sia assicurata, anche per una adeguata tutela dei consumatori, una uniformità, nell’intera area europea, degli schemi contrattuali praticati, non solo di quelli inclusi nel codice italiano, e più in generale delle varie operazioni ricorrenti. Ciò anche per evitare quegli abusi che potrebbero derivare da una contrattazione individuale troppo libera, e anche da un impiego disinvolto delle condizioni generali di contratto. Anche se, data la ricchezza attuale della fenomenologia, potrebbe non escludersi il ricorso *passim* a “norme-cornice”, che valgano fra l’altro a non intralciare quegli sviluppi che possano derivare dall’incessante progresso tecnologico. Ma la necessità di giungere ad una sollecita uniformità –aggiungevo– è pienamente avvertita anche all’interno dello stesso settore bancario. Mi rende di ciò consapevole la mia esperienza come professionista legale di una banca italiana con estesi rapporti internazionali. Forse questa stessa esigenza di uniformità ci pone di fronte al problema dei limiti che, *in subiecta materia*, debbano porsi a quella “autonomia contrattuale”

⁷ Definita come “valore monetario rappresentato da un credito [...] memorizzato su un dispositivo elettronico” (art. 1, comma 2, lett. h ter, decr. legge 1 settembre 1993 n. 385, modif. da legge 1 marzo 2003 n. 39, art. 55).

che, in una norma cardinale del nostro “progetto”, consente alle parti di “concludere contratti che non sono disciplinati da questo codice”⁸.

3. Segue: indicazioni propositive di larga massima

Rendendomi conto che non mi era consentito in tale “relazione” invadere la sfera di competenza di ogni membro dell’Accademia con indicazioni o esemplificazioni preventive, circa opportune innovazioni, mi sono limitato a porre solo qualche quesito per sollecitare delle proposte. Mi sono chiesto dunque se, e dove, sia il caso, tenendo conto di esperienze straniere, di regolare anche in disposizioni *ad hoc*: il sistema della banca *on line*; le varie, usuali operazioni delle banche a favore del cliente per suoi pagamenti e sue riscossioni (alludevo, in via puramente esemplificativa, alla carta di credito, al bancomat, al connesso trasferimento elettronico, al bonifico, alla tratta, alla ricevuta bancaria, ecc.); le usuali prestazioni delle banche sia nella custodia ed amministrazione dei titoli e relative informazioni, sia nella erogazione e negoziazione dei servizi e degli strumenti finanziari (nel quadro delle esigenze che nascono dal mercato europeo dei servizi, anche bancari); inoltre queste figure contrattuali: il contratto di prestito titoli (del contratto di riporto non ci siamo occupati nel Titolo sulla vendita, essendo esso ritenuto comunque superato); il contratto di leasing, in quanto si renda necessario dedicare (dopo le norme di cui all’art. 212 del Libro secondo del nostro “progetto”) qualche disposizione specifica ad un tale rapporto se instaurato da una banca; il contratto di factoring; e ancora, *ratione materiae*, il credito al consumo (ed, eventualmente, il rapporto di intermediazione volto a procurare il credito ad un consumatore). Questa voleva essere, ho precisato, una mera indicazione

⁸ Art. 2, *Codice europeo dei contratti* (d’ora in avanti *CoEuCo*): “Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto entro i limiti imposti dalle norme imperative, dal buon costume, dall’ordine pubblico, quali definiti nel presente codice, nel diritto comunitario, o nelle leggi nazionali degli Stati-membri dell’Unione europea, purché non perseguano unicamente lo scopo di nuocere ad altri. // Entro i limiti di cui al comma precedente le parti possono concludere contratti che non sono disciplinati da questo codice, anche mediante la combinazione di schemi legali differenti e il collegamento fra più atti”.

esemplificativa: perché altri interrogativi in argomento era prevedibile che venissero formulati durante il convegno.

Ho ritenuto poi di potermi riferire ad un mio scritto risalente agli anni Settanta⁹ quando all'Università di Padova tenevo un corso di "diritto privato bancario", nelle cui lezioni introduttive mi occupai del problema dei rapporti fra la legge bancaria e la Costituzione (era ancora in vigore il regime pubblicistico del settore bancario che negli anni successivi è venuto meno). In questo saggio rispetto all'opinione comune, che riteneva recepita e sanzionata dall'art. 47 della Costituzione italiana la legge bancaria allora vigente, espressi il mio dissenso: e ciò sulla base di un'analisi della Costituzione, dei lavori preparatori di essa, e ovviamente della stessa legge bancaria (ossia del complesso delle norme di cui ai provvedimenti legislativi degli anni 1936-38). Giunsi alla conclusione che, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, la legge bancaria allora vigente doveva essere applicata con uno spirito diverso da quello che ne aveva ispirato l'emanazione. La Costituzione, osservai, assegna infatti al settore bancario italiano un nuovo ruolo, imponendo delle scelte sul piano economico e su quello sociale. Quanto al primo, nel senso di "trarre dal mercato le indicazioni dei modi e dei limiti del proprio svolgimento"¹⁰. Quanto al secondo, nel senso di rendersi partecipe di quella evoluzione che aveva ormai "nel lavoro il perno della civile convivenza", così da mirare "ad un'eguaglianza sostanziale" che può essere realizzata "attribuendo al lavoro un ruolo gerarchico preminente"¹¹. E ciò scrissi, riferendomi implicitamente anche a quel rilievo che veniva usualmente formulato con riferimento ad alcune banche, non solo italiane: nel senso che esse, nell'erogazione dei finanziamenti, considerano non tanto la validità del programma che il cliente intende realizzare, quanto piuttosto le sue attuali condizioni di solvibilità.

Mi fu detto che la mia predetta disamina non mancò di avere un

⁹ G. GANDOLFI, *Legge bancaria e Costituzione ("Premesse" ad un corso di Diritto privato bancario)*, in *Giurisprudenza italiana*, 1975, IV, p. 1.

¹⁰ U. CAPRARA, *La banca e la legislazione bancaria*, Milano, 1969, p. 40.

¹¹ F. BONIFACIO, *Il lavoro fondamento della repubblica democratica: orientamenti della giustizia costituzionale*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, 3, *Rapporti sociali e economici*, Firenze, 1969, p. 14.

qualche effetto quando, negli anni immediatamente successivi, si trattò in Italia di operare delle scelte sul piano legislativo. E nella “relazione introduttiva” ho fatto un richiamo a questo mio saggio, per chiedermi se un’analoga indagine possa essere condotta, in funzione del lavoro che stiamo svolgendo: per accertare se possa ritenersi che gli accordi comunitari assegnino anche al settore delle banche europee un certo ruolo sul piano economico e sociale, e se sia opportuno o possibile per noi tenerne conto in sede di redazione delle norme relative alle operazioni e ai contratti bancari.

4. Un rapido sguardo alle normative comunitarie

Per cercare di dare una risposta al predetto interrogativo, ho osservato che una scorsa a volo d’uccello delle convenzioni comunitarie ci consente di ricordare che l’art. 2 del Trattato di Roma del 1957, integrato dal Trattato di Maastricht, assegna alla Comunità, fra l’altro, il compito di promuovere, attraverso il mercato comune, “uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche” e un “miglioramento del tenore e della qualità della vita” delle popolazioni. E se l’art. 33 (ora 39) lett. e) prevedeva che per i prodotti agricoli si dovessero “assicurare prezzi ragionevoli nelle forniture ai consumatori”, l’art. 153 (ex 129 A) dispone ora che si debba assicurare a questi “un livello elevato di protezione”, tutelando i loro “interessi economici”. D’altro lato l’art. 163 (ex 130 F) enuncia l’obiettivo di assicurare “la competitività dell’industria della Comunità”, mentre l’art. 158 (ex 130 A) arriva a disporre che si debba “ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni e il ritardo delle regioni meno favorite o insulari, comprese le zone rurali”. Più in particolare, l’art. 51 (ex 61) ha previsto “la liberalizzazione dei servizi delle banche”, quale da attuarsi “in armonia con la liberalizzazione della circolazione dei capitali”.

Un pur così rapido e incompleto *flash* avrebbe dovuto rammentarci che gli accordi comunitari hanno indubbiamente fissato degli obiettivi per la Comunità, che è ragionevole ritenere siano tali da impegnare, oltre agli Stati, anche i componenti tutti della Comunità, imprese bancarie comprese. Ma mi sono chiesto –e tale domanda ho implicitamente

rivolto ai congressisti che dopo alcuni giorni si sarebbero incontrati a Pavia– mi sono chiesto, dicevo, se e come fossero concepibili nel nostro progetto una o più norme introduttive del Titolo concernente i contratti bancari, nelle quali venga disposto che una banca, nel fissare le condizioni generali e particolari dei rapporti con i clienti, pur in un sistema improntato al principio della liberalizzazione, debba tener conto degli obbiettivi che la Comunità (ora l’Unione) europea persegue, e alla cui realizzazione devono considerarsi tenuti tutti i soggetti che operano nel “mercato interno” come destinatari dei corrispondenti doveri.

Forse siffatte norme del nostro “progetto” –osservavo pure– dovrebbero avere in realtà come destinatarie non solo le imprese bancarie, ma tutte le imprese, ed anzi tutti i cittadini. Ma d’altra parte da taluno potrebbe sostenersi che proprio le banche sono in grado, più di ogni altra impresa, di incrementare con i loro interventi quello sviluppo delle attività economiche che gli accordi comunitari si sono prefissi di realizzare.

Mi è parso comunque fosse il caso di sollevare il predetto interrogativo: e ciò, quale che sia la risposta che ad esso potesse darsi, inclusa l’eventualità di ipotizzare una norma generale, riguardante tutte le imprese o tutti i soggetti dell’Unione europea, da inserire, però, all’inizio del Libro primo in sede di futura revisione di esso, oppure nel Titolo che è stato a suo tempo previsto come “finale”.

5. Segue: in tema di doveri di comportamento e di organizzazione delle banche

Un problema in parte diverso –osservavo poi– attiene ai doveri di comportamento riconducibili *lato sensu* all’idea della correttezza, anche nel senso di una doverosa predisposizione di quei mezzi che sono necessari per instaurare dei rapporti con la clientela. Tali doveri sono stati in parte enunciati nel Libro primo del nostro “progetto”: per le trattative precontrattuali, per la formazione e per l’esecuzione del contratto. Per quanto riguarda il settore bancario, non è forse inutile ricordare che le disposizioni comunitarie non mancano fra l’altro di demandare agli Stati-membri l’emanazione di regole prudenziali di

organizzazione nonché di regole di comportamento, aventi quali destinatarie anzitutto le imprese di investimento¹².

Fra i doveri di comportamento, che ci interessano più da vicino, rilevavo questi: agire in modo leale ed equo, con la competenza, l’impegno e la diligenza necessari, nell’interesse, per quanto possibile, dei clienti e dell’integrità del mercato; disporre delle risorse e delle procedure necessarie per portare a buon fine le proprie attività, ed utilizzarle in modo efficace; informarsi sulla situazione finanziaria dei clienti, sulla loro esperienza in materia di investimenti e sui loro obiettivi per quanto concerne i servizi richiesti; trasmettere adeguatamente le informazioni utili nell’ambito dei negoziati con i clienti; prevenire ed evitare conflitti di interessi e, qualora ciò non sia possibile, provvedere a che i clienti siano trattati in modo equo.

Mi chiedevo ancora quale uso potesse farsi di queste indicazioni, che costituiscono altrettante istruzioni impartite, nella specie, dal Consiglio dell’Unione europea agli Stati-membri. E ritenevo che fosse senz’altro il caso di non ignorarle; salva la possibilità di integrarle, alla luce del fondamentale e ormai generale dovere di “trasparenza”.

Nel Libro primo del nostro “progetto” assume particolare rilevanza, in termini generali, il dovere di “informazione”, che già nel Libro secondo riceve pregnanti applicazioni. Ed osservavo, *incidenter tantum*, che sarebbe in netto contrasto con questo dovere l’atteggiamento di chi invitasse piuttosto sbrigativamente il cliente a firmare dei moduli stampati o addirittura dei fogli bianchi, creando nel cliente stesso l’impressione che costituirebbe una forma di sfiducia volerne esaminare il contenuto o chiedere che il foglio bianco venga riempito. Ma a questo proposito devo ricordare, circa il dovere di trasparenza, le note “Istruzioni” della Banca d’Italia¹³ e della “deliberazione” del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio¹⁴, entrambe del 2003. Mi chiedevo pure se, e come, fosse per noi possibile trarne profitto in sede redazionale.

¹² Vedasi anzitutto la Direttiva 93/22/CEE del Consiglio del 10 maggio 1993 relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari, specificam., artt. 10, 11 e 12.

¹³ Banca d’Italia, Istruzioni di vigilanza per le banche. Circolare n. 229 del 21 aprile 1998. Aggiornamento del 28 marzo 2003.

¹⁴ Comitato interministeriale per il credito e il risparmio, deliberazione del 4 marzo 2003.

Quanto alle Direttive comunitarie –soggiungevo– è senz’altro necessario, oltre che opportuno, tenerne tutto il dovuto conto: e tuttavia, come venne deciso nel corso dei nostri precedenti convegni, senza doverci sentire ad esse necessariamente vincolati. E ciò perché il nostro “progetto” viene redatto nella prospettiva che esso assuma un rango gerarchico pari a quello delle norme comunitarie. Durante la discussione del Libro primo davanti al Parlamento europeo, nell’ottobre e poi novembre del 2000, mi venne chiesto di pronunciarmi circa la forma nella quale ritenessi che il nostro “Codice” potesse essere emanato. Parlai di “regolamento”. E nessuna obiezione venne sollevata in merito.

Voglio aggiungere che a Pavia, al nostro convegno del 2001, la Presidente della “Commissione giuridica e del mercato interno” del Parlamento europeo, Ana Palacio, ci riferì, ella stessa, l’auspicio del Parlamento, in linea con la Commissione, che l’*acquis* comunitario venga migliorato. E ci raccomandò di operare in questo senso.

6. I risultati del dibattito in una “relazione interlocutoria”

E dedico ora una rapida sintesi ai lavori congressuali pavesi di fine novembre 2006. Dopo i quali ho steso una “relazione interlocutoria” per ricordare ai presenti e rendere note agli assenti –nonché ad ogni altro giurista e uomo d’affari interessato– i risultati del dibattito. Ho esordito in tale “relazione”, della quale vengono qui parafrasati i momenti salienti, osservando che l’azione efficace e spesso stimolante dei presidenti che si sono succeduti nelle sessioni del convegno, e la presenza di un notevole numero di accademici e di esperti, giunti dai Paesi europei e d’oltre Atlantico, hanno fatto sì che il convegno avesse un risultato particolarmente positivo. Il caloroso impegno dialettico dei congressisti è stato veramente degno dell’importante riconoscimento che la nostra Accademia aveva ottenuto nelle settimane precedenti: ad essa l’*Institut de France-Académie des Sciences Morales et Politiques* ha conferito, “*pour l’ensemble des ses travaux*”, il *Grand Prix “Charles Aubert-Droit”*.

I due giorni del convegno non sono tuttavia bastati per occuparci di tutti i temi che avevamo in programma di considerare: non pochi

problemi sono stati appena sfiorati. E questa relazione "interlocutoria" ha appunto lo scopo di offrire la possibilità ai congressisti di riprendere a distanza la discussione, fornendo inoltre agli Accademici non presenti al convegno e, come già dicevo ad ogni interessato, un riassunto dei lavori congressuali, per rendere possibili ulteriori contributi.

7. I lavori del convegno: iniziali perplexità destinate a dissolversi

Non è forse inopportuno che accenni subito ad alcune incertezze che sono inizialmente affiorate, ma come destinate a rientrare.

Taluno ha osservato che sono i cultori del diritto commerciale ad occuparsi dei contratti bancari; e si è chiesto quindi se sia appropriato disciplinarli in un codice "civile" come quello che stiamo redigendo. Ma si è subito avvertito che noi stiamo elaborando il progetto *non* di un codice "civile", bensì di un codice "dei contratti", civili e commerciali, quali in uso nel mercato interno europeo. E del resto, anche a prescindere dal fatto che abbiamo adottato come "schema di base" il codice civile italiano, nel quale si è attuata l'unificazione del diritto civile e commerciale, certo è che nel Libro secondo ci siamo già dovuti occupare di contratti commerciali, fra quelli collaterali alla vendita, come pure rilevavo nella "relazione introduttiva". E comunque è indubitabile che i contratti bancari, nella loro struttura e nella loro attuazione, appartengono alla fenomenologia contrattuale, e quindi civilistica.

Altri hanno espresso il dubbio che sia opportuno utilizzare, sia pure come mera "traccia operativa", il codice italiano vigente: perché esso è stato emanato in un'epoca nella quale vigeva, oltre che un regime politico autoritario, un regime pubblicistico del settore bancario ora non più in vigore, come in effetti accennavo nella "relazione introduttiva". Ma per la verità si è trattato di un abbaglio. Le regole del codice italiano hanno risentito del clima politico vigente in Italia sino alla seconda guerra mondiale solo in quei pochi casi che hanno determinato delle immediate abrogazioni già nel 1944, e che successivamente hanno provocato delle pronunce di illegittimità costituzionale. Ma nulla di simile è avvenuto per le regole sui contratti bancari con-

tenute nel codice civile e recepite nel nostro “questionario”. Comunque si nota, anzi, che queste regole perpetuano schemi contrattuali, e anche soluzioni, che risalgono all’antichità, talora preromana, e che in ogni modo risentono della prassi mercantile europea invalsa nei secoli scorsi, la quale ha tratto fra l’altro profitto dall’apporto rilevante della Banca d’Amsterdam e della Banca d’Inghilterra, nonché di altri banchieri, specie inglesi e scozzesi. Comunque nella “relazione introduttiva” avevo suggerito di verificare, come s’è visto, se abbia avuto influenza su tali figure contrattuali il regime pubblicistico dell’assetto bancario vigente al momento della promulgazione del codice italiano. E l’esame ulteriore ha cancellato ogni dubbio in proposito.

Tuttavia è certo che, anche se utilizzabili per iniziare in questa sede l’esame di alcuni problemi della tematica bancaria, le regole del codice italiano non la esauriscono. Si tratta anzitutto di aggiornarle, queste regole, e non soltanto –come s’è osservato– in relazione ai fenomeni della dematerializzazione e dell’impiego del mezzo elettronico. Si tratta inoltre di introdurre, accanto alle varie figure tradizionali, o in sostituzione di esse, quei nuovi schemi contrattuali e quelle nuove operazioni che l’evoluzione del settore ha già conosciuto e continua a conoscere in una molteplice dimensione. Ma ciò, sempre che tali schemi ed operazioni abbiano conseguito un adeguato grado di assessment o siano riconoscibilmente in grado di conseguirlo. Altrimenti sarà il caso –come dicevo– di ricorrere a “norme-cornice”, anche per non frenare l’evoluzione o l’espansione di schemi contrattuali ancora *in fieri*. Perché, come s’è sottolineato, il diritto bancario è tutt’altro che statico: è “*évolutif et imaginatif*”, molto sensibile alle esigenze della prassi. E il nostro deve essere infatti un codice “aperto” alle innovazioni –s’è raccomandato– come i suoi redattori avevano voluto che fosse lo *Uniform Commercial Code*.

Si è poi da taluno espresso l’avviso che l’attività bancaria debba essere disciplinata, come avviene in alcuni Paesi, piuttosto dagli usi, dai codici di autoregolamentazione, dalle condizioni generali di contratto delle banche stesse, che non da regole legislative, salvo che per alcuni rapporti, quali l’assegno bancario e il contratto di giro. Ma si è obiettato che sarebbe rischioso in tale settore lasciare troppo spazio all’autonomia privata, perché vorrebbe dire consentire degli abusi, a

danno non solo dei consumatori. Si tratta tutt'al più di formulare delle regole flessibili, che non frenino l'evoluzione.

E' stata altresì abbozzata l'idea che l'attività bancaria non abbia una sua specifica autonomia, ma rientri ormai in un ambito più vasto, ossia in quel sistema giuridico che in Germania è detto “diritto del mercato dei capitali” (*Kapitalmarktrecht*). E di ciò dovrebbe tenersi il debito conto. Al quale proposito si è però obiettato che ciò potrebbe tutt'al più indurre non già ad escludere una regolamentazione legislativa dei contratti bancari, bensì a prevederne una trattazione congiunta con altri settori contigui, eventualmente mediante regole comuni.

Superate queste incertezze, si è affermato dai più che i rapporti bancari debbano essere senz'altro disciplinati nel nostro “progetto”, stante la loro frequenza e la loro insostituibile funzione nella vita quotidiana di ogni persona e di ogni impresa: sia pure considerandosi che in questo ambito sono entrati in gioco altri soggetti ed altri meccanismi, e non ignorandosi i legami attuali e potenziali col settore assicurativo.

8. Proposte di ordine metodologico: alcune norme generali di carattere introduttivo?

Prima di esaminare le regole contenute nel “questionario”, si sono poste alcune questioni di natura metodologica.

Accennavo nella “relazione introduttiva” all'eventualità di considerare, in apertura o in chiusura della sezione dedicata ai contatti bancari, taluni obblighi comuni di comportamento e di organizzazione a carico delle imprese che esercitano l'attività medesima, in relazione anche a quelle esigenze di ordine etico-sociale, nonché economico, e cioè di sostegno al mercato, che possano venire in considerazione in tema di attività bancaria-finanziaria. E in quest'ordine di idee si è sostenuto che sia necessario, in primo luogo, affrontare i grandi problemi di base, e dettare alcune regole fondamentali.

Queste le proposte che sono state avanzate soprattutto da giuristi d'oltr'Alpe.

E' nel “conto” e dunque nel “contratto di conto” –si è detto– che deve individuarsi l'imprescindibile supporto di tutta l'attività bancaria. E' quindi necessario valutare anzitutto la necessità di configurare un

“diritto di accesso” al conto, e quindi anche di accesso al credito, prendendo posizione contro quelle esclusioni che talora le banche non mancano di operare. E poi si deve subito, in una sezione introduttiva, affrontare il problema della remunerazione che può competere alla banca: la quale deve essere solo entro certi limiti libera di fissarla. Si è accennato polemicamente ad una “*majoration brutale*” del 150% del canone preteso per il servizio delle cassette di sicurezza: fatto di cui si è avuta notizia per essersene occupata recentemente la Corte di cassazione francese¹⁵. Bisogna quindi porsi il problema delle “commissioni” e delle spese; e poi anche dell’efficacia probatoria delle scritture e dei documenti contabili provenienti dalla banca. Questi ed altri problemi pregiudiziali, s’è sostenuto, vanno affrontati in un insieme di norme –non di meri principî– che devono costituire una parte generale-introduttiva rispetto alle disposizioni concernenti i rapporti non solo bancari, ma anche finanziari e assicurativi.

Deve trattarsi di norme di condotta, anche di natura “elastica”, o tali da consentire all’interprete di attingere a parametri etico-sociali, attinenti, sì, in linea generale al contenuto dei vari contratti, ma soprattutto ai limiti che devono imporsi a tutela del cliente: ad esempio quanto, rispettivamente, agli effetti del *ius pœnitendi* del cliente, del *ius variandi* della banca, alle clausole di esonero da responsabilità della banca, ai limiti veramente energici che devono porsi a quegli atteggiamenti che si estrinsecano in forme camuffate (o, se si preferisce, raffinate) di sopraffazione. A questo proposito si parla di correttezza, di trasparenza; e si tratta certamente di doveri primari della banca; ma che non bastano, s’è aggiunto. Non è sufficiente infatti che la banca sia esaustiva trattando col cliente, deve soprattutto essergli utile. Si è così accennato ai doveri di informazione, intesa come semplice comunicazione, e intesa invece come consulenza. Accanto ai quali doveri, o piuttosto fra i quali, la giurisprudenza, francese in particolare, individua quello di “mettere in guardia” il cliente, dovendo inoltre la banca verificare che quest’ultimo abbia preso piena consapevolezza delle conseguenze che una certa operazione può determinare. E qui sorge il problema, non semplice, di determinare quali debbano essere le sanzioni

¹⁵ Cass. Civ., 30 giugno 2004, in *Bull. Civ.*, 2004, I, n. 190.

specifiche da comminare per la violazione di questi obblighi, al di là di quelle previste nel Libro primo del nostro “progetto”. Ma si è pure aggiunto che il cliente non deve essere sopraffatto da consigli troppo pressanti, o anche da un eccesso di informazioni, come talora avviene, che siano tali da incidere su quella libertà di scelta che deve essergli assicurata, in osservanza del principio di non ingerenza della banca nella sfera privata del cliente stesso, per le operazioni soprattutto di finanziamento e di investimento. E ciò con regole imperative! Perché, come si è osservato citandosi la celebre frase dell’accademico di Francia e frate domenicano Jean-Baptiste Henri Lacordaire, “*entre le fort et le faible c’est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit*”.

Restava da considerare il dovere di riservatezza che, nell’interesse del cliente, deve incombere sulla banca. Di un tale dovere il nostro “progetto” si occupa nel Libro primo a proposito delle trattative pre-contrattuali. Ma si tratta di una tematica che nei rapporti interpersonali da un paio di decenni pervade nei vari Paesi la vita quotidiana, anche sulla base di recenti Direttive comunitarie¹⁶. E tuttavia in tema di rapporti bancari non poteva non riuscire oggetto di una qualche curiosità notare come questo problema fosse stato affrontato in Inghilterra sin dal 1924 da una nota sentenza della High Court¹⁷. Essa statuì che tale dovere riguarda non solo i dati desumibili dal conto, ma tutti quelli che la banca può ottenere, anche occasionalmente, da altre fonti, in connessione con i rapporti intercorrenti col cliente. E questo dovere non cessa con la chiusura del conto e sopravvive alla morte del cliente. Non sussiste invece tale obbligo in caso di consenso espresso o implicito del cliente alla rivelazione del dato; e, all’infuori di questa ipotesi, esso viene meno solo in determinati casi: se la rivelazione dei dati è imposta dall’ordinamento, come nella deposizione testimoniale in un processo; se in tempo di guerra le attività del cliente palesano i suoi rapporti col nemico; se la rivelazione è necessaria nell’interesse

¹⁶ Cfr. Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati; Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

¹⁷ “*Tournier v. National Provincial Bank*” [1924] 1 K. B. 461, 486.

stesso della banca, come se essa debba agire per ottenere il rientro per uno scoperto del conto. Ma la successiva tendenza ad ipotizzare dei patti impliciti, circa il consenso dei clienti, ha indotto poi il legislatore inglese nel *Banking Code* e nel *Business Banking Code* del 2003 ad esigere che in questi casi il consenso venga dato dal cliente per iscritto.

Ma si è anche accennato alla necessaria libertà di iniziativa per le banche, quale prescritta del resto nelle disposizioni comunitarie. In quest'ordine di idee si è fatta menzione del divieto di remunerazione dei depositi a vista, già vigente in Francia. Dove però è poi arrivata sul mercato una banca catalana che offriva ai depositanti una tale remunerazione. La levata di scudi che ne è seguita si è conclusa con la soccombenza della Francia davanti alla Corte di giustizia delle Comunità europee.

In esito a questo avvincente dibattito, l'idea di introdurre con una sorta di "parte generale" il Titolo contenente norme comuni per le operazioni bancarie, finanziarie e assicurative, è stata da non pochi, e tuttavia non da tutti condivisa. E al di là delle indicazioni di massima sopra accennate, non sono state formulate delle proposte più specifiche, né dei suggerimenti concreti circa il contenuto delle varie norme da inserire in una tale parte generale e introduttiva. Siffatte proposte avrebbero, a ragione, consentito di confermare l'ammissibilità di una tale soluzione metodologica, quale non esclusa nella mia predetta "relazione". Ma alcune incertezze si sono manifestate circa il modo e il contenuto con cui possano formularsi per il predetto trittico delle disposizioni comuni, al di là delle norme generali di comportamento. Si è detto infatti che tali precetti generali dovrebbero avere di mira sia l'interesse del cliente, essenziale nei rapporti bancari, sia anche l'integrità del mercato, che forse deve prevalere nei rapporti finanziari. Resterebbe infine da verificare quale attinenza possa individuarsi fra i due primi settori e il campo assicurativo.

In realtà l'omessa formulazione di proposte specifiche risultava comprensibile, perché essa presupponeva che fossero stati preventivamente scandagliati i tre settori, per verificare una tale comune suscettibilità di riferimento. E anche chi ha ammesso che le tre attività in questione abbiano o possano avere delle connessioni economiche, ha

finito con l’affermarne la relativa diversità, con la conseguente difficoltà di individuare delle regole generali comuni, per lo meno già in questa fase del nostro lavoro. E non è privo di significato –si è aggiunto– il fatto che le regole comunitarie considerino queste tre attività in modo diversificato.

In effetti l’idea di differire ogni indagine circa l’opportunità di redigere delle norme generali introduttive risultava conforme ad una scelta di metodo da noi adottata sin dall’inizio degli anni Novanta e ribadita più volte durante i vari convegni, fra gli altri anche da Franz Wieacker, da Alberto Trabucchi, da André Tunc. Noi dobbiamo procedere –si è detto più volte– “studiando problema per problema”, ossia un problema alla volta, senza premesse aprioristiche e deducendo poi, da una valutazione complessiva di tutti i vari aspetti delle tematiche, quelle regole generali, eventualmente introduttive o finali, che debbano governare un dato settore, più o meno ampio.

9. Segue: la sobrietà legislativa come requisito essenziale in questa tematica

Sempre sul piano metodologico, si è affermata come necessaria, per il lavoro in atto, una particolare “sobrietà” normativa; e ciò soprattutto da giuristi di area francofona (la sobrietà è fra l’altro una delle caratteristiche della loro lingua). Si è pure riferita l’affermazione di Jean Carbonnier, secondo il quale “*on légifère mal quand on légifère trop*”. Si è così inteso esprimere la raccomandazione di redigere norme moderatamente concise, che non coartino l’interprete mediante un linguaggio eccessivamente analitico. Soprattutto nel settore bancario e finanziario entrare troppo nel dettaglio vorrebbe dire redigere delle disposizioni che, nel giro di alcuni anni, potrebbero rivelarsi superate. E tuttavia la disciplina deve essere affidata non a principî, ma a norme contenenti soluzioni esplicite, nitide e precise.

Pur riferita all’attività in corso relativa al settore bancario, tale osservazione di ordine metodologico, concernente lo stile, può essere accolta anche come una saggia raccomandazione emersa all’interno del nostro stesso gruppo per tutto il lavoro in corso. Ma, essendosi riferita un’affermazione di Jean Carbonnier, è il caso di osservare che egli, con riguardo

al nostro “progetto”, ne ha approvato l’esaustività¹⁸ come una caratteristica necessaria per un’opera di questo tipo. Inoltre non ne ha minimamente lamentato una mancanza di sobrietà. E per la verità, se non sbaglio a fare i calcoli, del nostro “progetto”, quale già redatto, può dirsi che in linea di massima esso risulta sobrio, conciso e anche più breve di altri codici: mi riferisco al Libro primo¹⁹.

Occorre però distinguere la sobrietà, e cioè il carattere non troppo descrittivo delle norme, dal silenzio legislativo. Certamente la presenza di lacune nella legge è inevitabile, e il legislatore stesso come rimedio offre lo strumento dell’*argumentum legis*, che è pur sempre un rimedio, e del quale si additano i limiti di ordine giuridico, logico e politico, a prescindere dalla possibile aleatorietà cui può condurre il suo impiego.

Comunque, sullo stile da adottare s’è discusso a lungo nel triennio 1992-1995: con queste conclusioni. Le regole del diritto interno debbono essere sobrie e concise per consentirne un’applicazione ragionevolmente duttile, e potendo l’interprete attingere alla propria tradizione giuridica, ossia a un apparato dottrinale e giurisprudenziale atti-

¹⁸ J. CARBONNIER, *Réflexions marginales*, in Academie des Privatistes Européens, *Code Européen des Contrats, Livre premier*, Coordinateur G. Gandolfi, *édition de poche revue et corrigée par L. Gatt*, Milano, 2004, p. XVIII.

¹⁹ Alle obbligazioni e ai contratti in generale esso dedica 173 norme, a fronte dei 297 del codice italiano. Con altri codici il confronto è meno agevole: comunque in quello francese il *Titre: “Des contrats et des obligations conventionnelles en général”* è di 213 norme, non calcolando quelle sulla “prova”. Quanto al codice tedesco, in esso la materia è regolata sia nell’*Allgemeiner Teil* che nei primi sette titoli del libro secondo, e solo questi ultimi sono di 193 articoli. Non voglio dilungarmi troppo. Ma con riguardo a singoli argomenti, può osservarsi che spesso a temi, ai quali in altri codici è destinata un’intera sezione, il nostro “progetto” dedica una sola norma. In linea esemplificativa si può rilevare che la compensazione è regolata nel nostro “progetto” da una sola norma (art. 132) di sette commi: norme più lunghe sono state introdotte di recente nei codici tedesco e italiano (es. §§ 308 e s., BGB; art. 1469 bis ss., non più vigenti, cod. it.). Ed ecco un confronto con altri codici. In quello austriaco, particolarmente conciso, alla compensazione sono dedicate sei norme, e, in altri, intere sezioni o titoli: che sono nel codice francese di undici norme, in quello spagnolo di otto, in quello tedesco di dieci, in quello italiano di dodici, in quello olandese di quindici. Dunque il nostro “progetto”, conformemente alle nostre intenzioni, è più di altri conciso e breve. E va inoltre considerato che il fatto di concentrare la disciplina di un istituto in una sola norma, ovviamente di dimensioni pari al contenuto, è tale da poter facilitare il compito dell’interprete.

nente all’ordinamento medesimo, ai suoi valori, alle sue soluzioni. Ma se una norma è destinata ad un’area giuridica nella quale può costituire un *quid novi*, e in ogni caso se il legislatore intende introdurre –e ciò anche in un ordinamento interno– regole o soluzioni diverse rispetto a quelle precedentemente vigenti, allora egli deve esprimersi in termini chiari e anche analitici. Altrimenti la sobrietà si traduce in reticenza, non fornendo egli all’interprete i mezzi per orientarsi: così da consentire l’arbitrio, o un pericoloso ricorso dell’interprete stesso a concetti e nozioni presenti nel proprio diritto nazionale e non corrispondenti a quelle introdotte dal legislatore sopranazionale, provocando insomma situazioni caotiche (e dunque tutt’altro che tali da favorire all’uniformità) in sede di applicazione delle norme. Questo accorgimento deve valere in particolare per un codice destinato ad un’area così vasta e con tradizioni così diverse come l’area europea.

10. L’esame delle figure contrattuali contenute nel “questionario”: le cassette di sicurezza

Cercherò di riferire in una sintesi possibilmente adeguata le discussioni che sono seguite sulle varie fattispecie contrattuali contenute nel “questionario”. Per ragioni di natura organizzativa si è considerato dapprima il “servizio delle cassette di sicurezza” (artt. 1839-1841, cod. it.), che è stato oggetto di ampia discussione. E ciò, non perché esso abbia una particolare rilevanza nell’ambito dei rapporti bancari, pur avendo tuttora un suo ruolo (e costituendo fra l’altro una delle attività indicate nella Direttiva del 14 giugno 2006)²⁰, ma per i motivi che vado indicando.

Chi, come noi, si dedica alla redazione di regole giuridiche, deve porre una particolare attenzione nell’uso del linguaggio e nell’impostazione del “sillogismo” legislativo. L’art. 1839 del codice italiano²¹, sulle cassette di sicurezza, costituisce per noi un significativo ammo-

²⁰ Direttiva 2006/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2006, relativa all’accesso all’attività degli enti crediti ed al suo esercizio, Allegato 1.

²¹ Art. 1839: “Nel servizio delle cassette di sicurezza, la banca risponde verso l’utente per l’idoneità e la custodia dei locali e per l’integrità della cassetta, salvo il caso fortuito”.

nimento, perché il legislatore italiano, regolando questo servizio, ha voluto “lasciare impregiudicata la questione della sua natura giuridica” (come si precisa nella “Relazione ministeriale”)²². Nel contratto stesso –si osserva usualmente– confluiscono elementi incompleti ricollegabili alla locazione e al deposito. E il legislatore italiano, per non prendere posizione, si è limitato ad enunciare nella norma due obbligazioni strumentali della banca: nel senso che essa risponde verso l’utente “per l’idoneità e la custodia dei locali” e “per l’integrità della cassetta”. Non è stata dunque indicata la funzione effettiva, nè il risultato che esso deve procurare. E si è trattato di una svista di non poco momento: perché –come è stato osservato– la norma così concepita, salvi i casi di “routine”, non consente di risolvere i problemi della banca e dell’utente, nonostante i vari tentativi della prima volta a trovare dei rimedi, fissando dei limiti al valore degli oggetti da introdurre nella cassetta. Infatti, stante il tenore della norma, questi limiti sono stati ritenuti tali non già da incidere sul contenuto del contratto, ma da dar vita ad invalide clausole di esonero da responsabilità per colpa grave, della quale è frequentemente ravvisata la sussistenza. Ne è derivato e ne deriva in Italia un intenso e lungo dibattito, che ha coinvolto soprattutto la Corte di cassazione e la dottrina anche più qualificata. L’art. 1839 del codice italiano assume dunque per ogni legislatore, e anche per il nostro gruppo di lavoro, il significato di un chiaro monito. Ma la norma stessa ha anche offerto, nel convegno, l’occasione per discutere dei rilevanti problemi della responsabilità contrattuale, quale disciplinata nel nostro “progetto” e nei vari ordinamenti, con particolare riguardo alla discussa nozione del “caso fortuito”.

La conclusione che è stata proposta è nel senso che la norma suddetta deve essere da noi redatta in termini diversi, che enuncino la funzione del contratto e il risultato al quale esso mira, con la dovute conseguenze sul piano della responsabilità, anche alla luce della più moderna giurisprudenza di altre corti europee. E ciò, a prescindere dalla collocazione della norma stessa nel “progetto”: se si ritiene che un simile rapporto non presupponga necessariamente, come non presupponeva in altri tempi, la presenza di una banca.

²² *Rel. Min. Cod. Civ. It.*, N° 740.

11. Segue: il deposito bancario

Si è subito osservato che sarebbe opportuno regolare nel “progetto” in primo luogo il “contratto di conto”. E’ il supporto di tutti i rapporti bancari. Il conto corrente ne è una sottospecie –s’è detto– e il conto corrente bancario ne costituisce a sua volta una derivazione.

In realtà nel “questionario” sono state inserite le norme sul “conto corrente” del codice italiano, nel quale esse precedono le norme sui contratti bancari. Ma per una ritenuta ragione di comodità, nel “questionario” le prime (art. 1823 ss.) sono state riprodotte collocandole in posizione attigua alle norme sulle operazioni bancarie in conto corrente (art. 1852 ss.). E ciò soprattutto per consentirne un confronto, specie per quanto concerne le due disposizioni che introducono le une e le altre. Com’è noto, invero, mentre nel conto corrente ordinario i crediti derivanti da reciproche rimesse sono considerati “inesigibili e indisponibili fino alla chiusura del conto” (art. 1823), nel conto corrente bancario il titolare “può disporre in qualsiasi momento delle somme risultanti a suo credito” (art. 1852). Si è ritenuto quindi opportuno rinviare la discussione sui due “conti” per consentirne un esame coordinato. Ma si è colta l’occasione da taluno per proporre di non ignorare l’insegnamento della giurisprudenza francese, nel senso di disporre, in una norma eventualmente corrispondente all’art. 1823, che il saldo passivo è intoccabile sino alla chiusura del conto, mentre il saldo attivo è disponibile per il titolare del conto stesso e può essere oggetto di esecuzione forzata da parte dei terzi.

In tema di deposito bancario, la proposta di regolarlo non fra i contratti bancari, bensì nell’ambito delle sezioni relative al deposito (da suddividere in sottosezioni sul deposito ordinario, in albergo, nei magazzini generali, bancario, irregolare), ha suscitato non poche obiezioni. Il deposito bancario, si è osservato, ha sue caratteristiche del tutto speciali: corrisponde ad una delle due attività fondamentali della banca, quella di raccogliere i fondi presso il pubblico. Essa ha sue peculiarità di funzione e di struttura, pur potendo tale raccolta avvenire attraverso altre vie. Comunque l’attività di raccolta dei fondi mediante i depositi è più complessa, e insomma diversa, da quella propria del deposito ordinario per custodia. Si è quindi ritenuto ina-

deguato, oltre che rischioso, assimilarla al deposito ordinario e anche al deposito irregolare, nonostante le relative assonanze.

Quanto alla norma di cui all'art. 1834, comma 1²³, si è chiesto taluno se sia il caso di dedicare un più adeguato riferimento alla distinzione fra depositi liberi e vincolati, e di introdurre inoltre nella formula qualche emendamento. Occorre anzitutto, s'è detto, aggiornare il testo tenendo conto dell'uso attuale del mezzo elettronico, dei cassieri automatici, ecc. Quanto all'accenno alla restituzione nella stessa specie monetaria, si è discusso se la soluzione meriti di essere recepita nel nostro "progetto". E in senso favorevole si è osservato che, nel caso di deposito di monete straniere, la norma vale a non trasferire sulla banca il rischio delle eventuali variazioni del cambio, come ad avviso di taluno suggerirebbe un confronto fra la funzione del mutuo e quella del deposito bancario. Si è però rilevato che la norma stessa non può comunque assumere carattere imperativo; e quindi nulla vieterebbe di prevedere, con l'accordo delle parti, un trasferimento del rischio in capo alla banca (a prescindere dal problema che ciò determinerebbe nella qualificazione del rapporto). Ciò che potrebbe ottenersi con l'inciso "salvo patto contrario", prima o dopo le parole "nella stessa specie monetaria". E quanto alla norma del capoverso²⁴ dell'art. 1834, si è affermata la necessità di aggiornarla, consentendo i versamenti e i prelievi presso qualunque sede della banca, stante l'uso attuale del mezzo elettronico, a prescindere dalla presenza dei cassieri automatici. Ma taluno ha addirittura proposto di sopprimere un simile capoverso.

Delle tre norme successive –1835, 1836 e 1837²⁵– si è ritenuta

²³ Art. 1834, comma 1: "Nei depositi di una somma di danaro presso una banca, questa ne acquista la proprietà, ed è obbligata a restituirla nella stessa specie monetaria, alla scadenza del termine convenuto ovvero a richiesta del depositante, con la osservanza del periodo di preavviso stabilito dalle parti o dagli usi".

²⁴ Art. 1834, comma 2: "Salvo patto contrario, i versamenti e i prelevamenti si eseguono alla sede della banca presso la quale si è costituito il rapporto".

²⁵ Art. 1835: "Se la banca rilascia un libretto di deposito a risparmio, i versamenti e i prelevamenti si devono annotare sul libretto. // Le annotazioni sul libretto, firmate dall'impiegato della banca che appare addetto al servizio, fanno piena prova nei rapporti tra banca e depositante". Art. 1836: "Se il libretto di deposito è pagabile al portatore, la banca che senza dolo o colpa grave adempie la prestazione nei confronti del possessore è liberata, anche se questi non è il depositante. // La stessa disposizione si applica

necessaria quanto meno una riscrittura in chiave attuale, facendo perno sul concetto di conto, anziché su quello di documento cartaceo e, anzitutto, spostando la prova, per quanto riguarda le risultanze del conto, dalla "annotazione" alla contabilità elettronica della banca. Ma si è anche osservato che va affrontato adeguatamente il problema della "prova", come già avvertito in precedenza: dovendosi pensare alla possibilità per il cliente di ricorrere ad altri mezzi probatori. Si è altresì osservato che bisogna tenere conto di una certa prassi in atto in vari Paesi europei, nei quali il libretto di deposito è ancora in uso, ad esempio, per fornire una garanzia: come nei rapporti di locazione. Esso è inoltre un titolo di credito, se trasferibile: occorre quindi coordinarne la disciplina con quella dei titoli di credito.

Circa l'art. 1838²⁶ si è affermato anzitutto che esso è ovviamente superato ove accenna all'obbligo della banca di "custodire i titoli", stante la loro avvenuta dematerializzazione. Ma la norma stessa riguarda un'attività in ordine alla quale occorre tenere il dovuto conto delle pertinenti disposizioni comunitarie; e se ne è inoltre auspicato un coordinamento con la disciplina che verrà dedicata all'attività finanziaria delle banche.

nel caso in cui il libretto di deposito pagabile al portatore sia intestato al nome di una determinata persona o in altro modo contrassegnato. // Sono salve le disposizioni delle leggi speciali". Art. 1837: "Il minore che ha compiuto diciotto anni può validamente effettuare depositi a risparmio e fare prelevamenti sui medesimi, salva l'opposizione del suo legale rappresentante. // Il libretto di deposito a risparmio rilasciato al minore deve essere nominativo. // Sono salve le disposizioni delle leggi speciali" [norma abrogata].

²⁶ Art. 1838: "La banca che assume il deposito di titoli in amministrazione deve custodire i titoli, esigerne gli interessi o i dividendi, verificare i sorteggi per l'attribuzione di premi o per il rimborso di capitale, curare le riscossioni per conto del depositante, e in generale provvedere alla tutela dei diritti inerenti ai titoli. Le somme riscorse devono essere accreditate al depositante. // Se per i titoli depositati si deve provvedere al versamento di decimi o si deve esercitare un diritto di opzione, la banca deve chiedere in tempo utile istruzioni al depositante e deve eseguirle, qualora abbia ricevuto i fondi all'uopo occorrenti. In mancanza di istruzioni, i diritti di opzione devono essere venduti per conto del depositante a mezzo di un agente di cambio. // Alla banca spetta un compenso nella misura stabilita dalla convenzione o dagli usi, nonché il rimborso delle spese necessarie da essa fatte. // E' nullo il patto col quale si esonera la banca dall'osservare, nella amministrazione dei titoli, l'ordinaria diligenza".

12. Segue: l'apertura di credito bancario

La norma definitoria (art. 1842)²⁷ menziona soltanto l'obbligo della banca di fornire la disponibilità al cliente di una somma di denaro. Ma –si è sostenuto– il termine “credito” ha, anzitutto in Francia, una portata più ampia di quello di prestito di denaro. Il prestito è, sì, una forma di credito; ma non ogni “credito” è un prestito. La norma dovrebbe quindi essere aggiornata, consentendosi che la promessa unilaterale in essa menzionata abbia un contenuto multiplo: che possa cioè costituire la promessa oltre che di un prestito di denaro, anche di operazioni di sconto, di factoring, di leasing, di cessione di credito, di garanzia fideiussoria, ecc. Si dovrebbe quindi modificare la formula normativa sostituendo le parole “una somma di danaro”, con la locuzione “una prestazione di carattere finanziario” (o collocandosi la seconda dopo la prima).

La proposta ha suscitato alcune riserve. S'è osservato che in tal modo si rischia di alterare il rapporto, sconfinando in altre figure contrattuali. Il contratto di apertura di credito sembra avere una sua consolidata funzione e fisionomia, ben collaudata nella prassi: quella di rendere disponibili delle somme di denaro per il cliente. Lo sconto, il leasing, il factoring sono altrettante figure ben delineate, per le quali possono concepirsi altrettanti contratti preliminari senza dover previamente ricorrere all'apertura di credito. E sono pure operazioni che hanno una loro specifica individualità, e ragion d'essere, la cessione del credito, la fideiussione, il contratto autonomo di garanzia. Ma si è replicato che dell'apertura di credito può concepirsi –come avviene ad esempio in Francia, in assenza di una definizione legislativa– una nozione restrittiva o estensiva. Al che si è obiettato che in un codice come il nostro occorre tener conto, sì, delle esigenze del mercato, ma con la dovuta chiarezza, senza rischiare contaminazioni fra schemi consolidati, e sia pure senza escludere, ma entro dati limiti, le risorse dell'autonomia privata. Chi ha formulato la proposta di accogliere una nozione più ampia del contratto qui in esame ha però ammesso che

²⁷ Art. 1842: “L'apertura di credito bancario è il contratto col quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di danaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato”.

la sua configurazione possa dipendere soprattutto dalle scelte di base che sono state adottate dal nostro gruppo di lavoro, circa il carattere e la funzione che questo codice deve assumere. E il problema è così rimasto sul tappeto.

Muovendo da un diverso angolo visuale, si è osservato che in Germania, con le riforme del diritto delle obbligazioni, il mutuo è diventato un contratto consensuale. Il (nuovo) § 488, comma 1, BGB dispone che “il mutuante è tenuto a mettere a disposizione del mutuatario una somma di denaro dell’ammontare pattuito...”²⁸ Il contratto ha ormai natura obbligatoria, e nel progetto di riforma è denominato “*Kreditvertrag*”: corrisponde quindi in senso funzionale all’apertura di credito italiano. Dunque la sorte di quest’ultima –ma di ciò non si è parlato al convegno– potrebbe dipendere dalla configurazione che possa assumere nel “progetto” il contratto di mutuo, sulla base delle proposte e discussioni accademiche intervenute nel 2005²⁹.

Il quesito appena posto qui sopra non esercita alcuna interferenza nell’esame delle norme successive all’art. 1842, relative invero all’utilizzo delle somme messe a disposizione, alle garanzie richieste e alla cessazione del rapporto.

Della norma di cui all’art. 1843, comma 1³⁰, si è affermata da taluno l’inutilità, proponendosi di rimettere agli accordi fra le parti ogni modalità circa l’utilizzo del credito e la restituzione della somma ottenuta. Ma da altri si è invece ritenuto che sia necessario fissare dei criteri in proposito, per evitare abusi da parte della banca, ritenendosi che dovrebbero qui affrontarsi, sia pure entro i limiti consentiti in un codice, i problemi relativi alla cosiddetta “commissione” e al corrispettivo, cioè agli interessi. La disciplina dettata dal codice italiano, s’è detto da giuristi d’oltr’Alpe, è qui totalmente lacunosa sotto questo profilo, e tale da consentire ogni arbitrio.

²⁸ “...wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen”.

²⁹ Cfr. M. L. RUFFINI GANDOLFI, *I contratti reali nella prospettiva di una codificazione europea: elementi per una discussione*, in *Jus*, 2006, p. 341 ss.

³⁰ Art. 1843, comma 1: “Se non è convenuto altrimenti, l’accreditato può utilizzare in più volte il credito, secondo le forme di uso, e può con successivi versamenti ripristinare la sua disponibilità”.

Circa il comma 2 dell'art. 1843³¹, si è ritenuto superabile il collegamento con la sede della banca presso la quale è stato costituito il rapporto, stanti le possibilità oggi offerte dall'uso del mezzo elettronico. E, a proposito della garanzia prevista dall'art. 1844³², si è osservato che, essendo il capoverso del tutto a favore della banca, ragioni di equità dovrebbero suggerire di adottare un criterio di proporzionalità anche a favore del cliente, per l'ipotesi che la garanzia da lui fornita aumenti di valore. Si è anche avanzata la proposta, per un simile caso, di un eventuale dovere di rinegoziazione a carico della banca, ma senza ignorarsi l'ipotesi che quest'ultima abbia ecceduto, pretendendo dal cliente una garanzia eccessiva, e prevedendosi per un tal caso un rimedio che si ispiri al criterio di cui all'art. 170, comma 4 del Libro primo³³. Comunque, si è aggiunto, nello stesso art. 1844 è inadeguato perché troppo generico l'appellativo di "insufficiente" riferito alla garanzia. Sarebbe il caso di tenere conto di ciò che prevede l'art. 1850³⁴ per l'anticipazione bancaria: il quale esige la diminuzione del valore della garanzia di almeno un decimo rispetto a quello che esso era al tempo della conclusione del contratto.

³¹ Art. 1843, comma 2: "Salvo patto contrario, i prelevamenti e i versamenti si eseguono presso la sede della banca dove è costituito il rapporto".

³² Art. 1844: "Se per l'apertura di credito è data una garanzia reale o personale, questa non si estingue prima della fine del rapporto per il solo fatto che l'accreditato cessa di essere debitore della banca. // Se la garanzia diviene insufficiente, la banca può chiedere un supplemento di garanzia o la sostituzione del garante. Se l'accreditato non ottempera alla richiesta, la banca può ridurre il credito proporzionalmente al diminuito valore della garanzia o recedere dal contratto".

³³ *CoEuCo*, art. 170, comma 4: "La prestazione prevista dalla clausola penale può essere equamente diminuita dal giudice se il debitore ha effettuato, e il creditore non ha rifiutato, un adempimento parziale, o se l'entità della prestazione prevista dalla clausola penale medesima è manifestamente eccessiva, avuto riguardo, in ogni caso, all'interesse che il creditore aveva per l'adempimento".

³⁴ Art. 1850: "Se il valore della garanzia diminuisce almeno di un decimo rispetto a quello che era al tempo del contratto, la banca può chiedere al debitore un supplemento di garanzia nei termini d'uso, con la diffida che, in mancanza, si procederà alla vendita dei titoli o delle merci dati in pegno. Se il debitore non ottempera alla richiesta, la banca può procedere alla vendita a norma del secondo e quarto comma dell'articolo 2797. // La banca ha diritto al rimborso immediato del residuo non soddisfatto col ricavato della vendita".

Quanto al recesso, quale previsto dall’art. 1845³⁵, si è ritenuto da taluni che alcune espressioni ivi ricorrenti debbano essere omesse o modificate. A tutela del cliente, non dovrebbe prevedersi la possibilità di un “patto contrario” rispetto al divieto di recesso della banca prima della scadenza del termine qualora non ricorra una “giusta causa”. Ma anche quest’ultima espressione è stata giudicata inadeguata, al pari dei termini di quindici giorni contenuti nei due commi successivi. Si è fatto richiamo alla locuzione ricorrente in una disposizione del *Code monétaire et financière français*, in tema di credito alle imprese³⁶. In caso di apertura di credito, a tempo indeterminato o determinato, la banca –dispone la norma predetta– può interrompere il rapporto senza rispettare alcun termine di preavviso solo in caso di “*comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s’avérerait irrémédiablement compromise*”. Si è pure osservato che il termine minimo di preavviso fissato dalla *Commission bancaire* francese, per il recesso del rapporto, è di sessanta giorni. In quest’ordine di idee si è menzionato, come congruo, il concetto di *Kreditwürdigkeit* che ricorre in Germania per consentire l’esercizio della facoltà di recesso della banca.

13. Segue: l’anticipazione bancaria

Sull’opportunità di recepire nel nostro “progetto” la figura dell’anticipazione bancaria, quale regolata dagli artt. 1846-1851 del codice italiano, si sono manifestate delle perplessità. La norma introduttiva³⁷ non precisa, e sembra sottintendere, quale sia l’impegno che la banca

³⁵ Art. 1845: “Salvo patto contrario, la banca non può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se non per giusta causa. // Il recesso sospende immediatamente l’utilizzazione del credito, ma la banca deve concedere un termine di almeno quindici giorni per la restituzione delle somme utilizzate e dei relativi accessori. // Se l’apertura di credito è a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può recedere dal contratto, mediante preavviso nel termine stabilito dal contratto, dagli usi o, in mancanza, in quello di quindici giorni”.

³⁶ *Code mon. fin. fr.*, art. L 313-12.

³⁷ Art. 1846: “Nell’anticipazione bancaria su pegno di titoli o di merci, la banca non può disporre delle cose ricevute in pegno, se ha rilasciato un documento nel quale le cose stesso sono individuate. Il patto contrario deve essere provato per iscritto”.

si assume verso il cliente che dà titoli o merci in pegno. Solo nell'art. 1849 si accenna al rimborso delle "somme anticipate". Ma nella norma introduttiva medesima dovrebbe precisarsi se la banca deve solo tenere a disposizione, o deve dare in mutuo al cliente una somma, il cui ammontare sia proporzionalmente corrispondente al valore delle garanzie. La Relazione ministeriale al codice italiano di questo contratto si limita ad affermare "l'autonomia giuridica di fronte all'apertura di credito", avendo esso "la precipua finalità di finanziarie operazioni su merci"³⁸. E in giurisprudenza, e così in dottrina, si tende a ritenere che esso costituisca una sottospecie, caratterizzata dalla necessaria presenza di una garanzia reale, dell'apertura di credito. Ma si ammette che talora l'operazione possa assumere il carattere del mutuo. E forse sarebbe il caso, se si recepisce nel "progetto" la figura stessa, di uscire da una tale incertezza.

Certo è che si tratta di un contratto che può dirsi quasi sconosciuto, come tale, in Germania. E' poco praticato in Spagna, salvo che dai produttori di frumento, ma specialmente negli scorsi decenni. Lo stesso s'è detto che avvenga in Francia. Maggior seguito –s'è detto– esso avrebbe in Inghilterra come "*advance against security*". Ma si è osservato che per simili operazioni in vari Paesi europei si ricorre alla "fiducia": in Francia è in fase di approvazione una legge in proposito, che è già passata al Senato. E, sempre in Francia, già nel 2006 è stata introdotta una riforma, in tema di garanzie, che ha abrogato il divieto del patto commissorio. Tutto ciò dovrebbe costituire forse oggetto di considerazione, in relazione al fatto che nell'art. 1846 si vieta alla banca di disporre delle cose ricevute in pegno che siano state "individuate" in un documento?

Per un'applicazione di particolare attualità di tale contratto, specie nella Pianura padana, si è fatto riferimento ad una legge degli anni Ottanta³⁹ che consente ai produttori di prosciutto di darli in pegno, ma trattenendoli presso di sé "ai soli fini della lavorazione", avendo la banca

³⁸ *Rel. Min. Cod. Civ. It.*, N° 742.

³⁹ Legge 24 luglio 1985 n. 401, Norme sulla costituzione di pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata, artt. 1 e 2.

provveduto all'apposizione su ogni coscia “di uno speciale contrassegno indelebile, con la contestuale annotazione su appositi registri vidimati”.

Ma si è anche espressa la raccomandazione di verificare quali siano gli usi e le esigenze attuali nelle varie aree dell'Europa dei ventisette. Si nota infatti nella letteratura che tale contratto avrebbe avuto nei secoli scorsi una certa diffusione in vari Paesi europei, portatovi dagli uomini d'affari italiani. In Germania veniva denominato “*Lombardgeschäft*”.

Tuttavia il risultato di una tale indagine non potrebbe esimerci dal disciplinare un tale contratto, anche se esso sopravviva soltanto in qualche Stato europeo, e non negli altri. Non si tratta infatti di imporlo a quei Paesi che non lo conoscono, essendo essi abituati ad avvalersi di figure contrattuali diverse. Si tratta invece di operare con la logica che ci ha sinora ispirato: quella, cioè, di consentire più soluzioni analoghe, o affini, per lo stesso problema: soluzioni che, anche per effetto del ben noto fenomeno della circolazione dei “modelli”, in futuro possano eventualmente trapiantarsi anche nei Paesi che sinora le hanno ignorate.

Circa le norme successive all'art. 1846, per l'ipotesi che esse vengano recepite nel “progetto”, si è espresso l'avviso di tener conto ovviamente dell'avvenuta dematerializzazione dei titoli, anzitutto per quanto riguarda la custodia di essi ivi prevista, oltre che per le relative spese. E, quanto alla norma di cui all'art. 1850, si è ribadita l'opportunità di coordinarla con quella già esaminata di cui all'art. 1844 sull'apertura di credito.

14. Segue: lo sconto bancario

La definizione contenuta nell'art. 1858⁴⁰ è stata ritenuta del tutto apprezzabile e adottabile nel “progetto”, alla luce anche della configurazione che del contratto ha fatto certa dottrina, specificamente francese. Si è suggerito soltanto di menzionare “le spese” dell'operazione accanto all'interesse. Si è pure osservato, quanto al contenuto del con-

⁴⁰ Art. 1858: “Lo sconto è il contratto col quale la banca, previa deduzione dell'interesse, anticipa al cliente l'importo di un credito verso terzi non ancora scaduto, mediante la cessione, salvo buon fine, del credito stesso”.

tratto, che in alcuni Paesi l'operazione avviene solo su cambiali, in altri anche su crediti rappresentati da fatture: il che ha rafforzato la convinzione che la formula del codice italiano sia, anche per questa ragione, idonea. Poi il discorso si è esteso al *factoring*, soprattutto per considerarne l'aspetto "rischio". E in Germania si è osservato che l'*echter Factoringvertrag*, nel quale il *Factor* assume il rischio della riscossione dei crediti, è meno diffuso dell'*unechter Factoringvertrag*. Ma non è mancato un accenno alle formule più moderne: il *factoring with recourse*, che esclude il rischio, il *maturity factoring* e l'*agency factoring* che escludono, rispettivamente, il finanziamento e la gestione. Ma si è da tutti ritenuto che, nonostante le assonanze, i due contratti di sconto e di *factoring* debbano trovare una distinta disciplina e collocazione, salva un'eventuale contiguità, e a prescindere dai requisiti richiesti nell'impresa cessionaria dei crediti.

15. Segue: le operazioni bancarie in conto corrente

L'imminente approssimarsi dell'ora di chiusura del convegno ha indotto a sciogliere una riserva formulata all'inizio della mattinata, e a concludere la discussione con l'esame della norma di cui all'art. 1852 sulle operazioni bancarie in conto corrente⁴¹. Circa il tenore di questa, nessuna riserva è stata formulata. Si sono invece espresse alcune considerazioni con riguardo alla norma di cui all'art. 1853⁴². In base ad essa, si compensano reciprocamente, in senso contabile, i saldi attivi e passivi dei vari rapporti o conti, anche se sono in monete differenti. Si è osservato che, mancando una regolamentazione legislativa, come in Francia, le intese fra banche e clienti – ammesse dalle giurisprudenze, sia pure con talune riserve – prevedono un accordo "di fusione" e un accordo "di compensazione". Il primo riguarda dei conti diversi, che sono però considerati tali da costituire delle semplici rubriche di un

⁴¹ Art. 1852: "Qualora il deposito, l'apertura di credito o altre operazioni bancarie siano regolate in conto corrente, il correntista può disporre in qualsiasi momento delle somme risultanti a suo credito, salva l'osservanza del termine di preavviso eventualmente pattuito".

⁴² Art. 1853: "Se tra la banca e il correntista esistono più rapporti o più conti, ancorché in monete differenti, i saldi attivi e passivi si compensano reciprocamente, salvo patto contrario".

conto unico, e che funzionano quindi in modo interdipendente. Tutto si svolge, insomma, come se fosse stato aperto un solo conto: già per il calcolo degli interessi dovuti, per accertare se un assegno è stato emesso con una copertura sufficiente, ecc. L'accordo “di compensazione” concerne, invece, dei conti che sono giuridicamente distinti, ma in relazione ai quali la banca può in qualunque momento, per sua garanzia, decidere che il saldo passivo di un conto venga compensato col saldo attivo di un altro. Tuttavia, sino che essa non adotti una tale decisione, i conti funzionano in modo indipendente. Quale che possa essere l'insegnamento di tale prassi, si è comunque ritenuto che debba considerarsi il problema relativo al fatto che un conto risulti intestato ad un solo soggetto: quale, ad esempio, un professionista che sia però amministratore di soggetti distinti, ad esempio di diversi condomini. Si è così richiamata l'attenzione su un conto nel quale confluiscono dei rapporti che non devono fondersi, e in relazione ai quali, sia necessario prevedere un regime “*ad hoc*”.

Quanto alla norma di cui all'art. 1832⁴³, sull'approvazione del conto, che è considerata applicabile alle operazioni bancarie in conto corrente dalla norma di cui all'art. 1857, si sono richiamati i rilievi effettuati il primo giorno del convegno, circa la ritenuta necessità di regolare congruamente l'onere della prova, a tutela del cliente.

16. Verso l'ora di chiusura del convegno

La durata dei nostri periodici convegni è naturalmente legata agli impegni accademici e professionali dei congressisti, che non possono venir meno agli appuntamenti indifferibili con aerei e treni.

All'imbrunire di domenica 26 novembre, il convegno si è concluso con la reciproca promessa di continuarlo a distanza, dalle rispettive

⁴³ Art. 1832: “L'estratto conto trasmesso da un correntista all'altra s'intende approvato, se non è contestato nel termine pattuito o in quello usuale, o altrimenti nel termine pattuito o in quello usuale, o altrimenti nel termine che può ritenersi congruo secondo le circostanze. // L'approvazione del conto non preclude il diritto di impugnarlo per errori di scritturazione o di calcolo, per omissioni o per duplicazioni. L'impugnazione deve essere proposta, sotto pena di decadenza, entro sei mesi dalla data di ricezione dell'estratto conto relativo alla liquidazione di chiusura, che deve essere spedito per mezzo di raccomandata”.

residenze: anzitutto con l'ausilio del mezzo elettronico. E ciò per affrontare i problemi che sono rimasti sul tappeto, o che sono stati appena sfiorati, o neppure affrontati. A ciò è dovuta la "relazione interlocutoria" della quale ho riferito alcuni dei punti salienti.

Molti interrogativi sono stati infatti sollevati, senza che ad essi venisse data una risposta tale da convogliare una unanime adesione. Questi interrogativi sono stati accennati nelle pagine che precedono; e non è il caso qui di ripeterli, chiedendo non solo ai congressisti, ma anche a tutti i giuristi e ai pratici che siano interessati a questi problemi, dei contributi volti a consentire di individuare risposte congrue e accettabili.

Nella "relazione introduttiva" avevo chiesto fra l'altro indicazioni e proposte circa le nuove figure di contratti bancari oltre a quelli contenuti nel "questionario". Ed alcuni li avevo indicati, riferendomi inoltre alla molteplicità delle operazioni finanziarie delle banche. Avevo anche chiesto di considerare quale applicazione nel "progetto" debba farsi delle norme del Trattato di Roma e sue successive modifiche, nonché delle recenti disposizioni comunitarie e nazionali in tema di obblighi di comportamento e di organizzazione, nell'ambito di eventuali disposizioni introduttive o finali, comuni alle operazioni bancarie, finanziarie e assicurative. In realtà, quanto alla nuova fenomenologia, nel corso della discussione si è parlato, oltre che della banca *on line*, da me menzionata, anche della banca per telefono, della banca senza sportello che opera con i conti di altre banche. E fra le varie possibili operazioni si è parlato della banca che colloca prodotti finanziari, che conclude contratti di investimento, che si dedica alla intermediazione mobiliare e immobiliare, alla gestione di patrimoni, alla collocazione in partecipazione di rapporti di natura assicurativa, ecc. Ma proposte circa una eventuale regolamentazione non sono state formulate –non c'è stato il tempo– neppure con riferimento all'elenco di cui alla Direttiva europea sopra menzionata del 14 giugno 2006.

E quindi queste proposte sono ora attese.

LA TUTELA DEL CONSUMIDOR EN LA COMPRA Y VENTA DE BIENES DE CONSUMO

por EMANUELE LUCCHINI GUASTALLA*

La tutela de los derechos del consumidor referida a la compra y venta de bienes de consumo¹ fue introducida en Italia en una época

* Profesor Titular de la Cátedra de Derecho Privado de la Università Bocconi (Milano, Italia).

¹ Véanse, v. gr., los siguientes estudios doctrinarios: AA. VV., *La vendita dei beni di consumo* (artt. 128-135, d. lgs. 6 settembre 2005, N° 206), en *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, ps. 317 y ss.; DE NOVA, *La disciplina della vendita dei beni di consumo ne "Codice" del consumo*, en *Contratti*, 2006, ps. 391 y ss.; PATTI (dir.), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, Giuffrè, Milano, 2004; ZACCARIA, *L'applicabilità delle nuove norme sulla vendita di beni di consumo ai contratti d'opera*, en *Studium iuris*, 2003, ps. 1307 y ss.; DE CRISTOFARO, voce *Vendita (vendita di beni di consumo)*, en *Encicl. giur. Treccani*, vol. XXXII, Roma, 2003; GABRIELLI, E., *Aliud pro alio e difetto di conformità nella vendita di beni di consumo*, en *Riv. Dir. Priv.*, 2003, ps. 657 y ss.; DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, en *Europa e Diritto Privato*, 2002, ps. 1 y ss.; AA. VV., *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo (art. 1519 bis-1519 nonies c.c. e art. 2 d. lgs. 2 febbraio 2002, N° 24)*, Cedam, Padova, 2003; ALPA y DE NOVA (dirs.), *L'acquisto di beni di consumo. d. leg. 2 febbraio 2002, N° 24*, Ipsa, Milano, 2002; AA. VV., *L'attuazione della direttiva 99/44/Ce in Italia e in Europa. La tutela dell'acquirente di beni di consumo (atti del convegno internazionale dedicato alla memoria di A. Trabucchi, Padova, 14-15 settembre 2001)*, Cedam, Padova, 2002; ZACCARIA y DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, Cedam, Padova, 2002; SCHLESINGER, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, en *Corriere giur.*, 2002, ps. 561 y ss.; DE NOVA, *La recezione della direttiva sulle garanzie nella vendita di beni di consumo: vincoli, ambito di applicazione, difetto di conformità*, en *Riv. Dir. Priv.*, 2001, ps. 759 y ss.

relativamente reciente. En cumplimiento de una directiva comunitaria de 1999², el legislador italiano introdujo la mencionada disciplina en el Código Civil³ para luego concentrarla, en el otoño de 2005⁴, en el Código del Consumo (donde se encuentra regulada en los arts. 128 y ss.).

El ámbito de aplicación de la disciplina en *análisis* está claramente definido por límites objetivos y subjetivos. Lo antedicho comporta que –en lo que respecta al contrato de venta– se puede actualmente afirmar que coexisten dos regímenes diferentes: el primero, que podríamos definir tradicional, es aquel contemplado por el Código Civil; el segundo, o bien, el de la compra y venta de bienes de consumo, está previsto y regulado por el Código del Consumo.

Más precisamente, si se considera el contrato de venta en general, la compra y venta de bienes de consumo aparece como una especie de la compra y venta de bienes muebles. De lo antedicho resulta que, además de la disciplina del contrato de venta⁵, existe un primer subtipo constituido por la venta de bienes muebles (regulado por el Código Civil)⁶ y un subtipo de este último⁷, formado por la compra-venta de bienes de consumo (regulado en el Código del Consumo).

Lo anteriormente señalado no tiene sólo fines clasificatorios. Efectivamente, la disciplina de la compra y venta de bienes de consumo no es exhaustiva. Y es por dicha característica que pueden aplicarse plenamente las disciplinas más generales contempladas en el Código Civil⁸.

² Se trata de la Directiva 1999/44/CE.

³ El decreto legislativo d. lgs. 2 febbraio 2002, N° 24 introdujo los arts. 1519 bis y ss. en el Código Civil italiano, los cuales formaron el § 1 bis (*Della vendita dei beni di consumo*) de la Section II (*Della vendita di cose mobili*) del Capo I (*Della vendita*) del Titolo III (*Dei singoli contratti*) del Libro IV (*Delle obbligazioni*) de dicho Código. Actualmente la disciplina de la compra y venta de bienes de consumo está regulada por los arts. 128 y ss. del Código del Consumo italiano (v. la nota siguiente).

⁴ Sancionado por el decreto legislativo del 6 de septiembre de 2005, N° 206.

⁵ Regulada en los arts. 1490 a 1499 del Código Civil italiano.

⁶ Regulada por los arts. 1510 a 1519 del Código Civil italiano.

⁷ En el mismo sentido, véase DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo* cit., p. 7.

⁸ En el mismo sentido, BIANCA, *Note introduttive*, en AA. VV., *La vendita dei beni di consumo (artt. 128-135, d. lgs. 6 settembre 2005, N° 206)* cit., p. 318.

Por ejemplo, si el adquirente sufre la evicción total de la cosa vendida –en cuanto afectada por un “vicio jurídico”– se aplica la disciplina prescripta por el Código Civil⁹ en cuanto a lo que se refiere a la venta¹⁰. Análogamente, si el consenso del adquirente está viciado por dolo o por error, el remedio aplicable es la anulación del contrato previsto por el Código Civil en la parte dedicada al contrato en general¹¹.

Hecha la precedente aclaración, veamos cuáles son las principales características y novedades de la disciplina de la compraventa de bienes de consumo:

- a) Se introduce el llamado principio de conformidad del bien vendido que sustituye la tradicional referencia al vicio o a la falta de calidad. Haciendo una síntesis extrema, el bien vendido debe ser plenamente conforme a la descripción que se hace del mismo en el contrato¹².
- b) Se amplía la gama de remedios a disposición del adquirente: las posibilidades de la reducción del precio (la llamada *quantum minoris*) y de la resolución del contrato aparecen ahora en un segundo plano respecto a dos nuevos remedios: la reparación o la sustitución del bien deforme¹³.
- c) La responsabilidad del vendedor es absolutamente independiente de la culpa¹⁴.
- d) Los plazos de la tutela son más amplios que los tradicionales¹⁵:

⁹ Véanse los arts. 1480 y ss. del Código Civil italiano.

¹⁰ En el mismo sentido, GABRIELLI, *Aliud pro alio e difetto di conformità nella vendita di beni di consumo* cit., p. 661.

¹¹ Arts. 1429 y ss. del Código Civil italiano.

¹² En cuanto al análisis del concepto de conformidad con el bien entregado, véase LEO, *Art. 1519-ter (Conformità al contratto)*, en ALPA y DE NOVA (dirs.), *L'acquisto di beni di consumo* cit., ps. 21 y ss.

¹³ Entre otros, DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo* cit., p. 6, evidencia que dicho mecanismo es una novedad para los sistemas de *Civil Law*.

¹⁴ Se trata de una garantía y, como es sabido, la ejecución de la garantía prescinde del concepto de culpa (en el mismo sentido, DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo* cit., p. 2).

¹⁵ El art. 1495 del Código Civil italiano (que disciplina el contrato de venta en general) prevé, sobre el tema del derecho a la garantía, un plazo de prescripción de

- la tutela se extiende al defecto que emerge dentro de los dos años de la entrega del bien (las partes pueden limitar la garantía a un año para los bienes usados)¹⁶. A dicho plazo se le suma el de dos meses desde el descubrimiento del defecto por la denuncia del vendedor, con lo cual se obtiene un término de tutela de veintiséis meses a contar desde el momento de la entrega¹⁷.
- e) La disciplina tiene carácter imperativo¹⁸. La *ratio* de dicha previsión es evidente, dado que si no fuera así, el vendedor –generalmente en una posición de mayor poder contractual– estaría facultado para no aplicar dicha disciplina en perjuicio del consumidor.
- f) La disciplina tiene carácter “mínimo”, en el sentido de que no impide al consumidor recurrir a cualquier otra norma del ordenamiento que le ofrezca una tutela mayor o que él prefiera con respecto a la compra y venta de bienes de consumo¹⁹.

un año desde la entrega del bien y un plazo por la denuncia al vendedor de ocho días desde el día del descubrimiento del vicio del bien entregado.

¹⁶ Para un análisis específico de la compra y venta de bienes de consumo usados, véase BIANCA, *Sub art. 129*, en AA. VV., *La vendita dei beni di consumo (artt. 128-135, d. lgs. 6 settembre 2005, N° 206)* cit., ps. 348 y ss.; CARLEO, *Sub art. 1519-bis, comma 2°, lett. b)*, en PATTI (dir.), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo* cit., ps. 49 y ss.; PAGNOTTA, *Sub art. 1519-octies, 2° comma*, en PATTI (dir.), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo* cit., ps. 397 y ss.

¹⁷ Los plazos están disciplinados por el art. 132 del Código del Consumo italiano. Véanse en doctrina RICCI, *Sub art. 1519-sexies*, en PATTI (dir.), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo* cit., ps. 330 y ss.; CAPILLI, *Art. 1519-sexies (Termini)*, en ALPA y DE NOVA (dirs.), *L'acquisto di beni di consumo* cit., ps. 54 y ss.

¹⁸ Ésta es una diferencia importante con respecto a la garantía del contrato de venta en general (regulado por el Código Civil italiano) que no tiene carácter imperativo. Véanse, en doctrina, PADOVINI, *Sub art. 1519-octies, 1° comma*, en PATTI (dir.), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo* cit., ps. 383 y ss.; RICCI, *Sub art. 1519-octies, 3° comma*, en PATTI (dir.), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo* cit., ps. 430 y ss.; PUTTI, *Art. 1519-octies (Carattere imperativo delle disposizioni)*, en ALPA y DE NOVA (dirs.), *L'acquisto di beni di consumo* cit., ps. 77 y ss.

¹⁹ Por dicha razón se pueden invocar además otras disposiciones del ordenamiento jurídico más favorables al adquirente/consumidor. En otras palabras, el consumidor puede invocar los arts. 128 y ss. del Código del Consumo o recurrir a otras normas si considera estas últimas más favorables (en el caso de que, por ejemplo, prevean soluciones más eficaces). Asimismo, existe la posibilidad de requerir una tutela como

La disciplina en cuestión no se aplica sólo a la “compra-venta” de bienes de consumo, sino –por expresa disposición legislativa²⁰– también a los siguientes contratos: permuta, suministro, construcción de obra y a cualquier otro contrato destinado a la provisión de bienes de consumo para la fabricación o la producción. También aquí, la *ratio* de la extensión mencionada tiene la finalidad de proteger al consumidor de comportamientos oportunistas (más o menos solapados) de parte de vendedores que, para sustraerse a la disciplina de la tutela del consumidor, busquen instrumentos para “disfrazar” el contrato de compraventa e inducir al intérprete a una calificación diferente. La extensión de la disciplina en *análisis* a todas las formas de contratos que prevean la entrega de un bien mueble a un consumidor resuelve de raíz dicho problema.

Como ya se ha señalado, la compra y venta de bienes de consumo tiene límites muy precisos de aplicación tanto en el aspecto objetivo como en el subjetivo.

En cuanto al primero de dichos aspectos, la tutela del consumidor se aplica solamente a la venta de bienes muebles: ya sean éstos, materiales o inmateriales, terminados o para ensamblar, nuevos o usados. La excepción está dada por los bienes que sean objeto de venta forzada: el agua o el gas (salvo que sean envasados) y la energía eléctrica²¹.

De lo apenas expuesto, no resulta claro todavía qué se entiende por “bien de consumo”, dado que la disciplina del Código del Consumo carece de una definición expresa.

consumidor y, subordinadamente, como simple contratante. Al respecto, si bien no parece posible acumular ambos remedios, sí parece viable graduarlos de manera subordinada: el consumidor/comprador no puede exigir la reparación del bien (como consumidor) y la reducción del precio (como simple contratante) pero podría demandar (como simple contratante) la resolución del contrato porque el bien está afectado por un vicio grave y, supletoriamente, la reparación o la sustitución del bien (como consumidor).

En el mismo sentido, SIRENA, *Sub art. 135*, en AA. VV., *La vendita dei beni di consumo (artt. 128-135, d. lgs. 6 settembre 2005, N° 206)* cit., ps. 572 y ss.; CUBEDDU, *Sub art. 1519-nonies*, en PATTI (dir.), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo* cit., ps. 437 y ss.; MANIACI, *Art. 1519-nonies (Tutela in base ad altre disposizioni)*, en ALPA y DE NOVA (dirs.), *L'acquisto di beni di consumo* cit., ps. 89 y ss.

²⁰ Art. 128, inc. 1° del Código del Consumo italiano.

En realidad, la naturaleza de “bien de consumo” se deduce del ámbito de aplicación subjetivo de la normativa, dado que el bien mueble objeto de la compra y venta es “bien de consumo” según sea la calidad del vendedor y del adquirente.

Precisamente, a los fines de la aplicabilidad de la disciplina, el vendedor debe ser una persona física o jurídica (en este último caso no importa si es pública o privada) que actúa en ejercicio de la actividad empresarial o profesional²². El consumidor debe ser una persona física que actúa con una finalidad ajena a la actividad empresarial o profesional eventualmente desarrollada²³. Sólo cuando vendedor y adquirente poseen respectivamente dichas características, puede aplicarse la disciplina de la compra y venta de bienes de consumo. De lo contrario, el contrato es regulado por las normas sobre la venta establecida por el Código Civil u otras leyes especiales.

Por lo tanto, el “bien de consumo” no es necesariamente un bien “destinado” al consumidor: también una máquina profesional para producir quintales de helado podría ser adquirida por un consumidor y de ese modo encuadrarse dentro de la categoría de “bienes de consumo”. La noción de bien de consumo deriva únicamente de los sujetos contratantes de la compra-venta.

La calificación de los sujetos que estipulan el contrato es esencial, visto que el mismo sujeto puede tener un rol diferente, según las circunstancias. Podemos pensar, por ejemplo, a un abogado que adquiere una mesa para amoblar la sala de reuniones de su estudio: en este caso no se puede aplicar la disciplina de la compra y venta de bienes de consumo, en virtud de que el abogado ha actuado sobre la base de objetivos relativos a la actividad profesional que desarrolla. En cambio, la conclusión es diametralmente opuesta si dicho abogado adquiere

²¹ Art. 128, inc. K2°, letra a) del Código del Consumo italiano.

²² Art. 128, inc. 2°, letra b) del Código del Consumo italiano.

Para un análisis de la normativa, véase RICCI, *Sub art. 129*, en AA. VV., *La vendita dei beni di consumo (artt. 128-135, d. lgs. 6 settembre 2005, N° 206)* cit., ps. 335, 336, 357 y ss.

²³ Art. 3°, inc. 1°, a) del Código del Consumo italiano. Para un examen del la noción de consumidor, véase RICCI, *La nozione di consumatore*, en AA. VV., *La*

una mesa para amoblar la cocina de su casa. En esta última hipótesis, puesto que no actúa como profesional sino como consumidor, se aplican las normas del Código del Consumo.

Es menester resaltar que el consumidor sólo puede ser una persona física; las personas jurídicas que no ejercen una actividad profesional o empresarial (pensemos, por ejemplo, a los entes sin fines de lucro) no pueden gozar de la tutela del consumidor, ni siquiera si demuestran que se encuentran en una posición de gran debilidad contractual con respecto al vendedor. En los últimos años el mencionado aspecto fue objeto de un pronunciamiento de la Corte Constitucional²⁴, la cual precisó que se trataba de una decisión de política legislativa –a nivel comunitario y nacional– absolutamente legítima: si el legislador considera que debe tutelar sólo a las personas físicas y no a todo sujeto que se encuentre en un hipotético estado de sujeción con respecto al vendedor, la norma que derive de dicha específica elección es perfectamente constitucional.

Ahora que se ha delimitado el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de la compra y venta de bienes de consumo, resulta evidente que la nueva disciplina no es aplicable a numerosas categorías contractuales, como por ejemplo: la venta de bienes inmuebles, la prestación de servicios, todas las ventas entre particulares (denominadas *C to C*, o *consumer to consumer*), todas las ventas entre empresarios y/o profesionales (las llamadas transacciones *B to B*, *business to business*).

Como ya se ha señalado, la tutela del consumidor en la adquisición de bienes muebles hace referencia al concepto de conformidad²⁵ entre el bien y su descripción en el contrato. Consecuentemente, en la noción de falta de conformidad confluyen los conceptos de vicio, de falta de calidad y de entrega de *aliud pro alio*²⁶.

vendita dei beni di consumo (artt. 128-135, d. lgs. 6 settembre 2005, N° 206) cit., ps. 351 y ss.

²⁴ Fallo de la Corte Constitucional, 22-11-2002, N° 469, en *Giust. civ.*, 2003, I, 290, en *Foro it.*, 2003, I, 332 y en *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 174.

²⁵ Véase sobre este punto, DE NOVA, *La recezione della direttiva sulle garanzie nella vendita di beni di consumo: vincoli, ambito di applicazione, difetto di conformità* cit., p. 764, en donde se señala que el concepto de “conformidad” es más amplio que el de “defecto” y que en virtud de dicha característica el legislador comunitario lo ha empleado en las disposiciones de la Directiva 1999/44/CE.

La normativa es muy severa en cuanto a dicho punto. El bien mueble entregado al consumidor se presume conforme al contrato sólo si²⁷: es apto para el uso habitual (es decir, el uso para el cual se necesitan normalmente bienes del mismo tipo del que es objeto del contrato); es conforme a la descripción que del mismo consta en el contrato y posee las características del bien que el vendedor ha mostrado al consumidor como muestra o modelo; posee las calidades del bien tipo, no sólo respecto a su naturaleza, sino también con referencia a lo expresado públicamente por el vendedor o por el productor (por ejemplo, a través de las descripciones contenidas en el folleto explicativo o por medio de la publicidad)²⁸; es adecuado para el uso específico requerido por el consumidor, uso aceptado también por el vendedor por hechos concluyentes²⁹.

Sólo si se verifican todas las características mencionadas, el bien mueble entregado al consumidor puede ser definido como conforme al contrato. De lo contrario, el bien se considera “deforme” y el consumidor puede poner en funcionamiento las garantías que le reconoce la disciplina contenida en el Código del Consumo.

²⁶ En el mismo sentido véase PATTI, *Sub art. 129*, en AA. VV., *La vendita dei beni di consumo (artt. 128-135, d. lgs. 6 settembre 2005, N° 206)* cit., ps. 365 y ss., el cual sostiene que con el concepto de falta de conformidad se superó la distinción entre vicio y *aliud pro alio*; Íd., *Sub art. 1519-ter, 1° e 2° comma*, en PATTI (dir.), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo* cit., p. 76; en el mismo sentido parece BIANCA, *Sub art. 130*, en AA. VV., *La vendita dei beni di consumo (artt. 128-135, d. lgs. 6 settembre 2005, N° 206)* cit., p. 442, el cual sostiene que los remedios a disposición del consumidor se pueden accionar también en el caso de entrega de *aliud pro alio*.

No toda la doctrina es concordante en que el concepto de falta de conformidad pueda absorber también el del *aliud pro alio* (véase, GABRIELLI, *Aliud pro alio e difetto di conformità nella vendita di beni di consumo* cit., ps. 660 y ss.).

Acerca de la dificultad de distinguir entre falta de conformidad y *aliud pro alio* en el caso de bienes producidos en serie, véase DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo* cit., p. 20.

²⁷ Art. 129, inc. 2° del Código del Consumo italiano.

²⁸ Véase el análisis de BELLISARIO, *Sub art. 1519-ter, 2° comma, lett. c)*, en PATTI (dir.), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo* cit., ps. 97 y ss.

²⁹ Véase, sobre el tema, CARICATO, *Sub art. 129*, en AA. VV., *La vendita dei beni di consumo (artt. 128-135, d. lgs. 6 settembre 2005, N° 206)* cit., p. 412, en particular ps. 420 y ss., donde se analizan los casos en los cuales las declaraciones públicas

Sin perjuicio de lo anterior, en algunas circunstancias particulares, la deformidad del bien no tiene relevancia y no corresponde ninguna tutela para el consumidor. Dicha situación se verifica si el consumidor conocía el defecto en el momento de la conclusión del contrato o si en dicho momento no podía ignorarlo actuando diligentemente o si el defecto de conformidad derivase de instrucciones o materiales directamente provistos por el consumidor³⁰.

Es evidente que dicha exclusión no representa otra cosa que una aplicación del principio de la buena fe. En efecto, sería contrario a dicho principio fundamental prever una tutela para el consumidor que conocía (o hubiera debido conocer) el defecto del bien o para el consumidor cuya conducta fuera la causa de dicho defecto.

Asimismo, la tutela del consumidor se extiende también al defecto que derive de la instalación del bien (pensemos, por ejemplo, en un amoblamiento de cocina vendido y luego instalado en la casa del adquirente). Sin embargo, dicha tutela se limita al caso en que la instalación sea efectuada directamente por el vendedor (o bajo su responsabilidad) o bien cuando la instalación sea realizada por el consumidor (o por quienes él designe a tal fin), pero el defecto de conformidad derive de instrucciones inadecuadas o con falencias provistas por el vendedor³¹.

A los fines de la aplicabilidad de la disciplina de tutela del consumidor, adquiere importancia cualquier defecto, dado que el legislador no ha especificado un nivel mínimo del defecto jurídicamente relevante. De todas maneras, es razonable suponer que si la disciplina de la tutela del consumidor puede encontrar aplicación aun con respecto a defectos marginales, no puede en absoluto encontrar espacio

no vinculan al vendedor; LIVERZIANI, *Sub art. 1519-ter, 2° comma, lett. a), b) e d)*, en PATTI (dir.), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo* cit., ps. 83 y ss.

³⁰ Sobre las causas de exclusión de los derechos del consumidor mencionadas en el texto, véanse TROIANO, *Sub art. 129*, en AA. VV., *La vendita dei beni di consumo* (artt. 128-135, d. lgs. 6 settembre 2005, N° 206) cit., ps. 370 ss.; FERRICELLI, *Sub art. 1519-ter, 3° comma*, en PATTI (dir.), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo* cit., ps. 130 y ss.

³¹ Véase, M. Vecchi, *Sub art. 129*, en AA. VV., *La vendita dei beni di consumo*

–según los principios generales en materia de incumplimiento de la obligación– cuando el defecto es del todo insignificante.

En presencia de un defecto del bien entregado³², el consumidor tiene, en primer lugar, dos remedios³³ a su disposición: puede exigir al vendedor la reparación del bien o su sustitución y, sólo como vía subordinada –y bajo las condiciones que veremos seguidamente– podrá acudir a la reducción del precio o a la resolución del contrato³⁴.

Comenzando el *análisis* del remedio de la reparación o de la sustitución del bien³⁵, la ley³⁶ impone que el vendedor debe llevar a cabo su intervención sin ulteriores gastos para el consumidor (lo cual significa que los gastos de entrega, mano de obra, materiales, etc., son totalmente a cargo del vendedor), dentro de un plazo apropiado y sin que comporte inconvenientes de importancia para el consumidor³⁷.

En el mismo orden de cosas, cabe aclarar que, generalmente, el consumidor es libre de elegir entre la sustitución o la reparación del bien, con la excepción del supuesto en que uno de ambos remedios sea imposible o excesivamente oneroso respecto del otro (teniendo en cuenta, en lo referente a este último aspecto, el valor del bien, la entidad del defecto y los inconvenientes que el consumidor debería soportar por el remedio alternativo)³⁸.

Se puede pensar en el caso de los bienes infungibles o usados, respecto de los cuales la sustitución es imposible; o en el caso de la

(*artt. 128-135, d. lgs. 6 settembre 2005, N° 206*) cit., ps. 424 y ss.; Íd., *Sub art. 1519-ter, 5° comma*, en PATTI (dir.), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo* cit., ps. 166 y ss.

³² El defecto se presume existente en el momento de la entrega si emerge dentro del plazo de seis meses de efectuada la misma (art. 132, inc. 3° del Código del Consumo italiano).

³³ Art. 130 del Código del Consumo italiano.

³⁴ Para un análisis doctrinario de los remedios previstos a favor del consumidor, véase SCARPELLO, *Art. 1519-quater (Diritti del consumatore)*, en ALPA y DE NOVA (dirs.), *L'acquisto di beni di consumo* cit., ps. 39 y ss.

³⁵ Según BIANCA, *Sub art. 130* cit., ps. 434 y ss., los remedios de que dispone el consumidor son remedios contra el incumplimiento contractual y tienen naturaleza “represtinatoria”.

³⁶ Art. 130, incs. 3° y 5° del Código del Consumo italiano.

adquisición de un auto que tenga un defecto marginal (por ejemplo, un asiento roto) y del cual el consumidor exija la sustitución. Claramente, aun en este último ejemplo, el vendedor podrá negarse a sustituir el auto, ofreciendo a cambio la reparación o la sustitución del asiento roto.

Los medios de tutela a disposición del consumidor no se agotan con la posibilidad de exigir la reparación o la sustitución del bien. Además, de los mismos, el consumidor puede exigir la reducción del precio o la resolución del contrato (dejando a salvo el derecho a pedir el resarcimiento del daño)³⁹.

Sin perjuicio de lo antedicho, el recurso a los dos últimos (y más tradicionales) remedios mencionados es viable solamente de manera subordinada⁴⁰ a algunas situaciones específicas⁴¹ previstas por la ley⁴²:

- a) Si la reparación o la sustitución son imposibles y excesivamente onerosas (tomemos como ejemplo el bien infungible o usado que requiera una reparación más costosa que su valor);
- b) si el vendedor no ha provisto la reparación o la sustitución del bien dentro de un plazo adecuado;
- c) si la reparación o la sustitución precedentes han acarreado notorios inconvenientes al consumidor.

En definitiva, la decisión entre la resolución del contrato o la reducción del precio corresponde una vez más al consumidor, que encuentra un único límite representado por el hecho de que la resolución del contrato no puede ser requerida por defectos que la normativa

³⁷ Para un análisis de los remedios y de las condiciones bajo las cuales el vendedor puede hacer uso de los mismos, véase BIANCA, *Sub art. 130* cit., ps. 444 y ss.

³⁸ Sobre dicho punto, véase, BIANCA, *Sub art. 130* cit., ps. 451-452.

³⁹ El derecho al resarcimiento del daño está siempre a salvo. Véase, sobre el punto, DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo* cit., p. 13.

⁴⁰ La disciplina de la compra y venta de bienes de consumo coloca en un orden jerárquico los distintos remedios: en primer lugar, se prevé la reparación o la sustitución del bien “deforme” y luego el consumidor puede accionar los remedios de la reducción del precio o de la resolución del contrato sólo si se encuentra bajo una de las condiciones mencionadas en el texto (en el mismo sentido, BIANCA, *Sub art. 130* cit., p. 450).

⁴¹ Por esto los dos últimos remedios indicados en el texto han sido indicados

define como de “leve” entidad⁴³. En este último caso, el único remedio disponible será la reducción del precio, para cuya fijación se deberá tener en cuenta la diferencia entre el valor que tendría el bien prometido (exento de la deformidad) y el valor efectivo del bien deforme concretamente entregado⁴⁴.

La ley prevé que el vendedor también pueda poner remedio al defecto de conformidad del bien, ofreciendo al consumidor una solución atípica⁴⁵, como por ejemplo, la entrega de un obsequio o de un bono de descuento para una futura adquisición. No obstante, el consumidor puede elegir entre el remedio atípico ofrecido por el vendedor o los remedios típicos previstos por el Código del consumidor⁴⁶.

Como se ha podido analizar, la entera disciplina de la tutela del consumidor en la compra y venta del bien de consumo está estrictamente vinculada al concepto de deformidad y ésta, a su vez, depende en gran parte de la descripción contractual del bien. En un mercado caracterizado por contratos casi exclusivamente verbales, tendrá mucha importancia –más allá de la comparación con el bien típico– la des-

como remedios de cierre (*di chiusura*). Véase, en este sentido, DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo* cit., p. 9.

⁴² Art. 130, inc. 7º del Código del Consumo italiano.

⁴³ Así prevé el art. 130, inc. 10 del Código del Consumo italiano. En doctrina, véase, sobre este punto, BIANCA, *Sub art. 130* cit., ps. 469-470.

⁴⁴ Véase, sobre este tema, BIANCA, *Sub art. 130* cit., p. 467.

⁴⁵ Esta posibilidad está regulada por el art. 130, inc. 9º del Código del Consumo italiano.

⁴⁶ La normativa prevé en cuanto a compra y venta de bienes de consumo que, además de la garantía establecida por la ley, pueda haber una garantía convencional (art. 133 del Código del Consumo italiano). La garantía convencional (que no sustituye la legal, sino que se suma a ésta) puede ser ofrecida tanto por el vendedor como directamente por el productor al consumidor. Obviamente, el sujeto obligado al cumplimiento de la misma es aquel que ofrece dicho tipo de garantía ulterior.

Existen diversas modalidades mediante las cuales se puede ofrecer la garantía convencional ulterior, a saber: a través de una promesa unilateral al público (que obligaría directamente al productor con respecto a cualquier adquirente) o por medio de una propuesta (por ejemplo, del productor) que se perfeccionaría al cerrarse el contrato de adquisición por parte del consumidor, propuesta ésta que debería ser aceptada luego por el consumidor, por ejemplo mediante la “restitución” inmediatamente posterior a la adquisición de un comprobante.

Véanse, en igual sentido, ALPA, *Art. 1519-septies (Garanzia convenzionale)*, en

cripción específica hecha por el vendedor (o productor o distribuidor), la publicidad, la muestra y el modelo propuesto por el vendedor⁴⁷.

Precisamente, desde dicha perspectiva se debe analizar la norma que prevé el derecho de repetición por parte del vendedor final respecto del productor o del precedente distribuidor del bien. La normativa⁴⁸ prevé que el vendedor final que haya intervenido para reparar o sustituir el bien propiedad del consumidor puede, dentro del plazo de un año de su intervención, accionar contra el productor o contra el vendedor precedente responsable del defecto de conformidad⁴⁹. Pensemos, por ejemplo, en un productor que en la publicidad describe cualidades que sus bienes no poseen o que produzca bienes de calidad inferior a las muestras que provee a la red de distribución.

Según la disciplina en cuestión, el mencionado derecho de repetición existe “salvo pacto en contrario o renuncia”. Lo antedicho significa que la ley no dicta normas imperativas para las relaciones internas de la cadena de distribución o para las relaciones entre productores y distribuidores. Por ende, sería totalmente legítimo un contrato que excluyera el derecho a la repetición del vendedor final con respecto al vendedor precedente o al productor.

Sin embargo, ¿cuáles serían los efectos de esto último? ¿Podría haber consecuencias negativas para la categoría de los consumidores, sobre todo en cuanto a la calidad de los productos ofrecidos? Una breve reflexión parece dar una respuesta negativa a dichos interrogantes.

Si frecuentemente el bien es deforme, el vendedor se verá constreñido a repararlo o sustituirlo, con ulteriores costos (que luego re-

ALPA y DE NOVA (dirs.), *L'acquisto di beni di consumo* cit., ps. 62 y ss.; CHIERTI, *Sub art. 1519-septies*, en PATTI (dir.), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo* cit., ps. 351 y ss.

⁴⁷ En el mismo sentido, DE NOVA, *La recezione della direttiva sulle garanzie nella vendita di beni di consumo: vincoli, ambito di applicazione, difetto di conformità* cit., p. 767.

⁴⁸ El derecho de repetición está regulado por el art. 131 del Código del Consumo italiano.

⁴⁹ Para un análisis de dicha norma, véanse CHIAPPETTA, *Sub art. 131*, en AA. VV., *La vendita dei beni di consumo (artt. 128-135, d. lgs. 6 settembre 2005, N° 206)* cit., ps. 481 y ss.; COLOMBI CIACCHI, *Sub art. 1519-quinquies*, en PATTI

caerán sobre el productor o serán directamente soportados por él, según sea o no posible la repetición). Ello significa que cuanto menor calidad posee el bien, mayores serán los aumentos de precio para que su comercialización se revele económicamente eficiente. En efecto, el bien costará más (para absorber mayores costos de reparación, sustitución, etc.) aun siendo de escasa calidad. No importa que los gastos “de intervención” terminen por recaer sobre el vendedor final o sobre el productor: en ambos casos el precio final para el consumidor incluirá el costo de las intervenciones, más o menos frecuentes, de reparación o de sustitución.

En consecuencia, muy probablemente el costo mayor, ligado a la baja calidad del bien, determinará una veloz desaparición de su productor del mercado (o del mencionado bien), si el costo de la deformidad es soportado por dicho productor. Si, en cambio, recurre a un acuerdo que excluye el derecho a repetir y el costo mayor es soportado por el distribuidor o por el vendedor final, serán estos últimos quienes dejarán de comercializar un bien que necesita ser reparado (o sustituido) con una frecuencia excesiva, absorbiendo de tal modo el margen de ganancia que deberían obtener con su actividad empresarial.

Finalizando el *análisis*, también bajo este último punto de vista, la disciplina de la tutela del consumidor en la compra y venta de bienes de consumo se revela virtuosa, en cuanto estimula la producción y la comercialización de bienes que requieran cada vez menos intervenciones de sustitución o de reparación que serán, por lo tanto, bienes de mejor calidad.

EL CÓDIGO CIVIL DE DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD COMO PUENTE ENTRE EL SISTEMA JURÍDICO ROMANISTA Y EL SISTEMA JURÍDICO SÍNICO

Nota introductoria a su traducción al idioma chino*

por Prof. SANDRO SCHIPANI**

1. El Código Civil de la República Argentina fue sancionado el 29 de septiembre de 1869, entrando en vigencia el 1° de enero de 1871 y conservándola aún en la actualidad.

El Código Civil argentino (Cód. Civ. arg.) es la obra de un gran jurista latinoamericano: Dalmacio Vélez Sársfield, que junto con Andrés Bello –autor del Código Civil chileno de 1857¹– y Augusto Teixeira de Freitas –autor en Brasil de la *Consolidação das leis civis* (1858)

Trad. al castellano de J. H. Facco.

* Me resulta particularmente grato dedicar a los *Estudios* en memoria del colega Prof. Dr. Luis O. Andorno el texto en castellano de la *Nota introductoria* a su traducción al chino del Código Civil de la República Argentina, realizada por el Dr. Xu Diyu y en curso de publicación por la Universidad de Economía y Derecho de Wuhan (República Popular China). En esta publicación se vincula de modo emblemático el estudio del Derecho Romano con el Sistema jurídico latinoamericano y con la apertura del Sistema jurídico romanista hacia los Ordenamientos jurídicos sínicos; demostrándose así, una vez más, el fenómeno de histórico y continuo universalismo que caracteriza al Sistema jurídico romanista. Y precisamente el colega Andorno, con su competencia de comparatista radicada en el Cód. Civ. arg., ha sido y continuará siendo una viva expresión de este universalismo.

** Catedrático de Derecho Romano de la *Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”* y director del *Centro di Studi Giuridici Latinoamericani* (Unidad del ISGI/CNR-*Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”*).

¹ De este código cfr. la traducción al chino al cuidado de Xu Diyu, Wuhan, 2002.

y del *Esboço de Código Civil* (publicado entre 1860 y 1865)—, ha llevado a cabo la transfusión de las bases unitarias del Sistema romanista en América Latina mediante la forma de los códigos modernos. Las *Notas* a los artículos del Código Civil argentino constituyen un testimonio de particular valor en la obra de Vélez, por cuanto hacen posible la relectura e interpretación de dichas bases. El Código Civil argentino ha contribuido a desarrollar la unidad del Sistema romanista, en razón de haber sido adoptado por otros países o influenciando parcialmente sobre sus códigos. Así, el Código Civil argentino fue adoptado por Paraguay en 1876 (donde ha sido sustituido por un nuevo código recién en 1986) y ha influenciado, en parte, a los códigos de Uruguay (1868), Nicaragua (1904)² y Panamá (1916)³.

2. El Sistema jurídico latinoamericano es un Subsistema que forma parte del Sistema jurídico romanista. Este último se configura a partir del Derecho Romano común codificado por Justiniano, y que se desarrollará luego sobre la base de la tradición emanada de la Universidad de Bolonia en Europa continental, de las contribuciones propias de la tradición ibérica del mismo Derecho Romano común (sobre todo a través de las *Siete Partidas*, las *Leyes de Indias* y las obras de la *Segunda Escolástica española*) y de los usos jurídicos de origen precolombino, que fueran reconocidos por el emperador Carlos V en la medida en que no contrastaran los principios (*Rec. de Indias* 2, 1, 4; 5, 2, 22)⁴.

El Sistema jurídico latinoamericano paulatinamente fue adquiriendo conciencia de su propia identidad, especificidad y unidad a partir de la independencia.

Después de la independencia política conquistada en las primeras décadas del siglo XIX, las diversas Repúblicas surgidas en lugar de los Virreinos de Hispanoamérica y del Imperio del Brasil han dictado

² El primer Cód. Civ. de Nicaragua de 1867 estaba basado en el de Andrés Bello.

³ Panamá, cuando formaba parte de Colombia, adoptó en 1860 el Cód. Civ. de Andrés Bello.

⁴ Cfr. la *Nota introductoria* a la cit. traducción del Cód. Civ. chileno (= trad. cast. en VV. AA., *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, I, Santiago de Chile, 2005, ps. 111 y ss.).

sus propias constituciones⁵ conservando el derecho anterior, salvo en aquellos aspectos que estuvieran en contraste con las mismas constituciones. Estos aspectos no concernían tanto a la base romanista, sino más bien a algunas instituciones de origen medieval que posteriormente se agregaron a aquélla. Estas nuevas entidades políticas han luego abrogado la esclavitud. Por lo demás, frecuentemente en las mismas constituciones, fue previsto que se procedería a redactar los códigos civiles, penales y procesales. Los códigos sancionados entre 1825 (Haití) y 1917 (Brasil) fueron obras que han renovado –en el marco de la independencia– la “transfusión” del Derecho Romano en América Latina que ya se había iniciado en los siglos anteriores, con una innovación respecto a su continuidad que puede muy bien explicar la relativa rapidez con la cual han podido concluirse dichos códigos, o bien han sido acogidos los cuerpos legales redactados en otras Repúblicas del continente.

En este mismo marco, ha madurado también el sentido de la identidad, especificidad y unidad de la región, encontrando plena expresión en el nombre “América Latina”.

La expansión de los Estados Unidos de América que ocuparon más de la mitad del territorio de México en 1847 y las empresas de William Walker en América Central –en Nicaragua y Costa Rica (1856)– “originaron la reacción del Continente entero que empieza a designarse a sí mismo latinoamericano en contraposición con lo sajón de la otra agresiva América”⁶. La proyección hacia formas de unidad institucional ya presente en tiempos de Bolívar (1826), en la segunda mitad del siglo XIX genera un debate político-institucional relativo a la creación de una *Unión de las Repúblicas de América latina* (1859), de una *Liga Latinoamericana* (1861) o de una *Unión Latinoamericana* (1865). Dentro de este debate para unificar la región, en los escritos del chileno Francisco Bilbao y del colombiano José María Torres Caicedo, encontramos el

⁵ Una interesante recopilación de las constituciones de la época de la Independencia se puede ver en: *El pensamiento constitucional hispanoamericano hasta 1830*, vol. 1-5, Biblioteca de la Academia nacional de historia, Caracas, 1961.

⁶ ZEA, L., *El descubrimiento de América y la universalización de la historia*, en ZEA, L. (coord.), *El descubrimiento de América y su impacto en la Historia*, México, 1991, p. 13.

nuevo nombre: *América Latina*⁷; en el cual *Latina* –con mayúscula– no es un adjetivo, sino un segundo nombre que se coloca al lado de *América* en una nueva unidad lexical superior⁸. Estos autores afirman el contenido “no racial”, “defensivo”⁹ de esta referencia a la latinidad (nótese que en el Sistema de Derecho Romano el término “latino” no indica a los pueblos ligados entre sí sobre bases genéticas o raciales, sino más bien culturales, pactadas o federativas)¹⁰. También en dichos años en el ámbito de la Iglesia Católica fue utilizada esta nueva denominación, lo que revela como ha ido forjándose una identidad cultural unitaria¹¹.

En los decenios inmediatamente sucesivos, a esta madurez político-institucional-cultural alcanzada en la región se agrega gracias a la obra del brasilero Clóvis Beviláqua el reconocimiento de la especificidad del Subsistema jurídico latinoamericano, respecto a su mayor ámbito de pertenencia constituido por el Sistema jurídico romanista¹². Esta perspectiva científica resultará, luego, hecha propia por la ciencia jurídica más calificada del siglo XX, tanto argentina (Martínez Paz, Manuel Laquis) como peruana (Carlos Fernández Sessarego), colombiana (Fernando Hinestrosa), chilena (A. Guzmán Brito), etcétera, e –incluso– europea (F. W. von Rauchhaupt, P. Catalano, H. Eichler, etc.). Esta perspectiva distingue el Sistema jurídico de los ordenamientos particulares de los distintos Estados; ella supera –además– el eurocentrismo cultural y reconoce la pluralidad de los pueblos y de sus elaboraciones

⁷ Cfr. los textos de BILBAO, F. y TORRES CAICEDO, J. M., en ARDAO, A., *Génesis de la idea y el nombre de América Latina*, Caracas, 1980, ps. 171 y ss.; y su análisis en ps. 65 y ss. y ps. 99 y ss.

⁸ Cfr. ARDAO, *Génesis de la idea y el nombre de América Latina* cit.

⁹ J. Vasconcelos, citado por ZEA, ob. cit., p. 14. Sobre el uso del término “raza” de parte de los autores en examen resulta de interés la observación del mismo Torres Caicedo: “Empleamos la palabra, aun cuando no es rigurosamente exacta, para seguir el espíritu y el lenguaje de la convención que hoy domina” (cit. por ARDAO, *Génesis...* cit., p. 86).

¹⁰ SCHIPANI, S., *Latinità e sistema giuridico romanistico*, en *La Latinité en question. Colloque international. Paris, 16-19 mars 2004*, Union Latine, Paris, 2004, ps. 300 y ss.

¹¹ AYALA MORA, E., *Origen de la identidad de América Latina a partir del discurso católico del siglo XIX*, en *La Latinité en question. Colloque international. Paris, 16-19 mars 2004*, Union Latine, Paris, 2004, ps. 146 y ss.

¹² BEVILÁQUA, C., *Resumo das Lições de Legislação Comparada sobre o Direito Privado*, 2ª ed., Bahía, 1897.

científicas, lo que conduce a un enriquecimiento del Sistema romanista. El Subsistema jurídico latinoamericano –compuesto de elementos romanos-ibéricos-precolombinos– inspira y orienta a los ordenamientos de los países de la región y se desarrolla con propia identidad, especificidad y unidad, manteniendo una comunicación privilegiada con los otros subsistemas del Sistema jurídico romanista. Los juristas y los códigos por ellos elaborados con la posterior aprobación de la autoridad legislativa constituyen un instrumento fundamental que ha favorecido esta madurez de identidad y la mencionada comunicación.

3. Dalmacio Vélez Sársfield –autor del Código Civil de la República Argentina– nace en la Provincia de Córdoba el 18 de febrero de 1800 y estudió en la antigua Universidad de Córdoba, concluyendo su período de práctica profesional en diciembre de 1822. Las necesidades económicas lo obligaron a empeñarse inmediatamente en el ejercicio de la profesión, impidiéndole ello dedicarse para la obtención del título doctoral. En 1823, cuando se traslada a Buenos Aires, la Argentina desde hacía poco tiempo había logrado declarar su independencia (1816) y la organización institucional del país aún estaba en marcha. Vélez Sársfield comienza a tener cierto protagonismo en la vida política como diputado por la Provincia de San Luis, participando en la actividad del Congreso desde su primera reunión (1825). Una vez que se fundó la Universidad de Buenos Aires enseñó en la misma economía política (1826), mientras se seguía desempeñando además como abogado. Por motivos políticos debió dejar la Argentina, refugiándose un tiempo en Uruguay. Al regresar a Buenos Aires, ejerció nuevamente la profesión de abogado, emitiendo asimismo dictámenes dirigidos a las autoridades políticas sobre cuestiones jurídicas de particular relevancia, aunque prefirió permanecer en un segundo plano. En 1842 nuevamente se exilió por cuatro años, luego de lo cual retornó a la vida política activa siendo ministro al servicio del entonces Estado de Buenos Aires en la década de los '50 (organizando, entre otras cosas, su Banco Central) y colaborando en la redacción del Código de Comercio (1859). Luego de 1860, cuando la situación del país se había nuevamente reestablecido merced a la unificación, fue senador por la Provincia de Córdoba desde 1862 y, en el mismo año, fue designado ministro de Hacienda, cargo al cual renuncia-

rá un año después. En 1864 se le encomendó la redacción del Código Civil y, mientras aún se encontraba inmerso en esta tarea, se desempeñó como ministro del Interior desde 1868 hasta 1870. Se retiró luego a la vida privada y finalmente muere el 30 marzo de 1875¹³.

4. La obra de Dalmacio Vélez Sársfield se encuentra fuertemente radicada en su formación romanista, así como en su actividad de abogado atento a los problemas concretos, en su sensibilidad por los problemas generales y públicos (afinada con motivo del ejercicio de los numerosos cargos políticos que le tocó desempeñar) y en su formación cultural atenta por las raíces de la identidad latinoamericana.

En primer lugar, se puede recordar su traducción del latín al castellano de la *Eneida* de Virgilio. Esta traducción –pese a no haber sido completada y publicarse recién trece años después de la muerte de su autor– resulta sumamente significativa toda vez que la elección de este poema épico recuerda el origen de Roma. La narración sobre el viaje legendario de Eneas hasta el Lacio después de la destrucción de Troya y el consecuente encuentro con la latinidad han sido el objeto de esta obra del gran poeta de la época del emperador Augusto, la cual se enrolaba en el notable esfuerzo de renovación de la República y en la adecuación de las instituciones de Roma a las dimensiones del Mediterráneo alcanzadas durante el imperio. El compromiso cívico que entraña el poema y la celebración de Roma y de la latinidad constituyen el polo de atracción del trabajo de Vélez.

Vinculada a problemas político-institucionales se encuentra la obra de *Derecho Público Eclesiástico* que Vélez escribió con el objeto de profundizar los estudios que había efectuado con motivo de un dictamen solicitado por el gobierno en 1834 sobre el problema de la sucesión de las nuevas Repúblicas en el derecho “de Patronato”, es decir en el derecho del rey de España de intervenir en el nombramiento de los obispos y en otras cuestiones concernientes a la vida de la Iglesia Católica. Vélez fue desarrollando al respecto una orientación tendiente a la adecuación de dicho derecho a las nuevas circunstancias: “nacido

¹³ La biografía más completa es aquella de CHANETON, A., *Historia de Vélez Sársfield*, reimpresión, Buenos Aires, 1969; adde: LEVAGGI, A., *Dalmacio Vélez Sársfield*, *Jurisconsulto*, Córdoba, 2005.

de una necesidad que los pueblos se formaron en siglos menos felices, no tiene límite alguno en la esencia de las cosas. En una Nación deberá ejercerse de un modo, y en otra de diversa manera”¹⁴.

La lectura de los escritos que Vélez Sársfield elaboró como abogado nos permite hacer un interesante estudio acerca del modo en que –mediante argumentaciones jurídicas rigurosamente fundadas– planteaba la tutela de los intereses de los particulares que a él se dirigían requiriendo su asistencia profesional. En estos escritos se puede apreciar la trama de referencias a las fuentes jurídicas romanas, a las *Siete Partidas* y a leyes posteriores; así como a la capacidad que Vélez evidenciaba para la reconstrucción de la *fattispecie* ventilada en el pleito. Es posible apreciar además como Vélez en sus escritos –siguiendo el método de la ciencia jurídica difundido en su época– procedía a la subsunción lógica de los hechos dentro de las previsiones abstractas contenidas en las reglas jurídicas que regían la materia. Igual rigor puede advertirse en los dictámenes emitidos por Vélez sobre cuestiones jurídicas a dirimirse en instancias extrajudiciales¹⁵.

El jurista guatemalteco J. M. Álvarez había publicado entre 1818 y 1820 sus *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias*, que fueron redactadas en base al modelo de las Instituciones de Justiniano, con algunas añadiduras relativas a instituciones de específica tradición ibérica. La redacción y circulación de estas obras institucionales constituye otro factor que ha contribuido a fortalecer la unidad del Sistema y un valioso antecedente de los modernos códigos civiles. Esta obra tuvo gran éxito, realizándose ediciones en México, España, Colombia, Cuba, etcétera. Vélez, por su parte, realizó una edición en Buenos Aires agregando algunos *Apéndices* sobre ciertos argumentos interesantes (1834)¹⁶.

Vélez Sársfield inició su actividad como Codificador con el Código de Comercio, cuyo proyecto redactó en colaboración con el jurista

¹⁴ VÉLEZ SÁRSFIELD, D., *Apéndice al Memorial Ajustado*, Buenos Aires, 1834, ps. 96 y 97 (cita de CHANETON, ob. cit., ps. 566 y s.).

¹⁵ La mejor recopilación de estos escritos se encuentra en VÉLEZ SÁRSFIELD, D., *Escritos jurídicos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971.

¹⁶ De la obra de Álvarez ha sido hecha una reimpresión reciente, al cuidado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1982. No existe, en cambio, una nueva reimpresión de la edición de Vélez con los mencionados apéndices llevada a cabo por la Imprenta del Estado bajo el título: *Instituciones de Derecho real de España*.

uruguayo Eduardo Acevedo (que había sido autor de un proyecto de código civil para Uruguay llevado a cabo por iniciativa personal y publicado en Montevideo en 1852, pero que finalmente no resultó aprobado)¹⁷. El proyecto de código de comercio se inició en 1856 y fue concluido en 1857, aprobándose por el entonces Estado de Buenos Aires en 1859 y por el Congreso de la República Argentina para todo el territorio nacional en 1862.

5. Dalmacio Vélez Sársfield era ya un jurista afirmado y reconocido cuando le fue confiada la tarea de redactar el Código Civil argentino, para la cual trabajó desde 1864 hasta 1869. La asignación del encargo de redactar el texto del código incluyó además el de agregarle *Notas* y así lo hizo. El Código fue aprobado por el Congreso de la Nación Argentina “a libro cerrado” (es decir sin discusión) mediante la ley 340 del 29 de septiembre de 1869, y entró en vigencia el 1º de enero de 1871.

Este código es considerado uno de los códigos que caracteriza el Sistema jurídico latinoamericano, evidenciando una gran autonomía respecto a los códigos preexistentes (inclusive con algunas diferencias textuales importantes). No obstante ello, su mayor deuda se verifica ciertamente con relación al *Esboço* de Augusto Teixeira de Freitas –motivo por el cual fue criticado también por el coterráneo Juan Bautista Alberdi–, lo cual denota claramente los estrechos lazos que vinculan al país de lengua portuguesa con los países de lengua española en la unidad de América Latina, siendo la base común que reconocen en el Derecho Romano el factor que ha facilitado este recíproco y continuo intercambio.

6.1. El Código de Dalmacio Vélez Sársfield se divide en:

- Dos *Títulos preliminares*; y cuatro *Libros*, dedicados respectivamente a:
 - *De las personas* (sobre las personas en general y sobre los derechos personales en las relaciones de familia);

¹⁷ Este proyecto ha sido nuevamente publicado (Montevideo, 1963) con una *Introducción* de J. Peirano Facio. El Cód. Civ. de Uruguay fue realizado sobre esta base con la revisión de T. Narvaja que además utilizó otros códigos, entre los cuales se encuentran: el de Bello, la parte ya terminada del proyecto de Vélez, el proyecto español de García Goyena, etc. El mismo fue aprobado en 1868 y entró en vigencia en 1869.

- *De los derechos personales en las relaciones civiles* (es decir, las obligaciones);
- *De los derechos reales*;
- *De los derechos reales y personales. Disposiciones comunes* (sucesión por causa de muerte, privilegios reales y personales para la tutela de los créditos y prescripción extintiva).

Este orden sistemático significa una novedad parcial con respecto al de las Instituciones de Justiniano, que es el siguiente:

- Justicia y derecho;
- Personas (parte que comprende además al Derecho de Familia);
- Cosas corporales e incorpóreas (parte que incluye: derechos reales, sucesión hereditaria y obligaciones);
- Acciones.

El orden de las Instituciones ha sido seguido –en modos diferentes– por el Código Civil francés y el Código Civil chileno. En cambio, Vélez combina el orden de las Instituciones con el de la *Consolidação* de Freitas. Este último es el siguiente:

- Parte general:
 - Personas;
 - Cosas;
- Parte especial:
 - Derechos personales (que incluye: derechos personales en las relaciones de familia y derechos personales en las relaciones civiles);
 - Derechos reales (que abarca también la sucesión hereditaria y la prescripción).

Como se puede advertir, Vélez no adopta la idea de Freitas de anteponer una Parte general y utiliza en el Primer Libro el orden de las Instituciones con un Título preliminar sobre el Derecho y, posteriormente, trata sobre las personas y la familia, utilizando algunas categorías de Freitas. Vélez sigue luego más de cerca a Freitas colocando el tratamiento de las obligaciones antes que los derechos reales, y anticipa así el método del BGB (1900). Este último, en cambio, sigue una lógica diferente: aquella de Freitas que aproxima las relaciones personales u obligatorias a las relaciones de familia y las relaciones civiles. Vélez

dispone a continuación de estas tres partes la disciplina de la sucesión hereditaria, corrigiendo así la sistemática de Freitas que la había absorbido en la materia de los derechos reales, y acogiendo sobre este punto el método del ABGB (1811). En sustancia, es dable notar que ya encontrándose en crisis en el Código Civil francés la categoría de las “cosas incorporales”, y por lo tanto la parte unitaria relativa a las “cosas” presente en las Instituciones, aquello que emerge son los tres bloques de materias incluidos en tal parte, es decir: derechos reales, sucesión hereditaria y obligaciones. Estos tres bloques ya estaban presentes como tres Libros del Código Civil chileno, sin embargo Vélez –por influencia de Freitas y según la lógica *supra* indicada– cambia el orden¹⁸.

6.2. El Código comienza con dos *Títulos preliminares*: uno sobre las leyes y otro sobre el cómputo del tiempo. Mientras que el primero de dichos títulos se ha difundido bastante, no ha ocurrido lo mismo con el segundo, aunque se corresponde con una mención incluida en algunos artículos del Título preliminar del Código Civil chileno (48-50) relativos a los términos-plazos, y con un Capítulo del Título preliminar del *Esboço* (arts. 8-15) referido al “tiempo”. En relación con el primer Título, considero relevante destacar sumariamente que el artículo 16 hace referencia a los “principios generales del Derecho” para la integración de las lagunas de la ley y la orientación en la tarea de interpretación, y ya he tenido ocasión de recordar como tal referencia importa una remisión a los principios generales del Sistema del Derecho Romano¹⁹. También resulta interesante hacer notar que el artículo 17 limitaba la

¹⁸ Sería conveniente que este análisis fuera profundizado. Cfr. el aporte de GUZMÁN BRITO, A., *La sistemática de los códigos civiles de la época clásica de la codificación iberoamericana*, en *Mundus Novus. America. Sistema giuridico latinoamericano* (= revista *Roma e America. Diritto Romano comune*, 18-20), Roma, 2005, ps. 283 y ss.

¹⁹ Cfr. SCHIPANI, S., *Codici e rinvio ai principi generali del Diritto*, en *La codificazione del Diritto Romano comune*, Giappichelli, Torino, 1999, ps. 119 y ss. Véanse en particular las conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987), que han confirmado la doctrina común de América Latina y la correcta interpretación de este concepto, del siguiente modo: “(III) La referencia del legislador a los principios generales del derecho remite fundamentalmente a la obra de los jurisconsultos romanos, a la ‘*iurisprudencia*’, en la que se apoyan las modernas legislaciones. Ello es inexcusable con relación a los Códigos Civiles latinoamericanos, por ser

función de la costumbre a las hipótesis en que la ley se remite a ella (costumbre *secundum legem*), conforme a una línea de oposición a la admisión de la misma predominante en el siglo XIX y en contraste con el anterior enfoque del sistema que fuera acogido por Carlos V (*supra*) y referido en la *Novísima Recopilación* (3, 2, 3 y 11, que derogaron las leyes romanas y las *Siete Partidas*). En Argentina la única opinión disidente con la solución propuesta por Vélez fue la de Manuel Sáez; mientras que en Chile sucedió lo contrario, puesto que la posición del autor del código (Bello) más favorable a la costumbre era la que se encontraba en minoría²⁰. En las últimas décadas la atención en orden a la costumbre está cambiando, tanto con referencia a la perdurabilidad de ciertos institutos de origen precolombino, en orden especialmente con el sector más autóctono de la población de América Latina, como asimismo desde una perspectiva más general y abarcadora (aunque, claro está, ella en ningún caso debe ser confundida con los simples “usos”). Finalmente, la ley 17.711 ha modificado el texto del artículo 17 admitiendo además la costumbre como fuente del derecho en aquellas situaciones no reguladas por la ley (costumbre *praeter legem*)²¹.

Por lo demás, cabe aclarar que no es ésta la oportunidad de examinar tantos aspectos del código cuya profundización resultaría interesante llevar a cabo.

6.3. Desde el punto de vista de la técnica del Código Civil argentino cabe señalar que el mismo es mucho más extenso y casuístico que el Código Civil chileno (tal es así que contiene 4.051 artículos en com-

todos ellos de base romanista” (cfr. *El Derecho Privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años* [Buenos Aires, 1991], p. 57).

²⁰ Cfr. SCHIPANI, *Nota introductiva* cit. a la traducción en chino de este código.

²¹ Cfr. también la *Lei de Introdução* al Cód. Civ. de Brasil (art. 4º), que se limita a requerir una ley para la revocación o derogación de otra y así no excluye a la costumbre *secundum legem* ni tampoco aquella *praeter legem* (en este sentido se expresa BEVILÁQUA, C., *Código civil dos Estados Unidos do Brasil. Edição histórica, comentada*); lo mismo se puede afirmar para los Cód. Civ. de Costa Rica (1886) (art. 12), Cód. Civ. de Venezuela (1942) (art. 7º), Cód. Civ. de Colombia (1887) (art. 8º); mientras que es más explícita la sucesiva formulación de la ley 153 (1887) (arts. 4-8), que luego fuera recepcionada por el Cód. Civ. de Panamá (1917) (art. 13): “Cuando no haya ley exactamente aplicable [...] se aplicarán [...] las reglas generales de derecho, y la costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana”.

paración con los 2.514 de este último). Además, la formulación de los artículos evidencia un mayor análisis y una reglamentación más detallada. También discute algunos problemas como aquel de la oportunidad de dar definiciones (*Nota* al art. 495), y consecuentemente, en ciertos casos, omite definir, aunque no siempre. Por otra parte incorpora distinciones y enumeraciones, técnica ésta que ha dado lugar a algunas discusiones²² y críticas por ser demasiado personal (aunque esto es natural por constituir el fruto del trabajo de una sola persona, lo cual por lo demás asegura el carácter unitario de la obra, si bien esta unidad vino a menos –en parte– con las numerosas reformas introducidas con posterioridad al texto originario).

6.4. Los códigos del Sistema jurídico romanista no constituyen sólo una forma mediante la cual ha sido elaborado el Derecho, sino que en esencia se encuentran estrechamente ligados al principio fundamental del Sistema en virtud del cual todo el Derecho está en función de los hombres²³. A este postulado se acude también para fundar un determinado orden expositivo²⁴, pero fundamentalmente tiene que servir de guía de todo el sistema interno del código, orientando la jerarquía de sus principios y normas (indicando, en definitiva, el fin en virtud del cual estos principios han sido instituidos y conforme al cual deben ser interpretados). En el código bajo examen –como también en el de Bello– el referido principio hace que se trate sobre las personas en el Primer Libro. En cuanto concierne a los conceptos y a las reglas aplicables a la materia, una novedad que merece ser puesta de realce es aquella constituida por la inserción –al comienzo de la disertación de las personas– de un Título sobre las personas jurídicas. Esta última es una creación moderna madurada en el ámbito del Pandectismo alemán, el que ha usado material de las antiguas fuentes romanas relativas a los centros de imputación de relaciones jurídicas diferentes a los hombres y a ello le ha añadido la imagen de la “persona”, y luego –una vez personificados dichos centros de imputación– los ha multiplicado. Es dable notar que también el Código Civil chileno ha acogido esta construcción de Savigny –en ese

²² Cfr. en particular COLMO, A., *Técnica legislativa*, 2ª ed., Buenos Aires, 1961.

²³ D. 1, 5, 2.

²⁴ J. 1, 2, 12; D. 1, 5, 2.

entonces de reciente aparición–, pero colocándola, en cambio, al final del Libro sobre las personas (en el Título 33)²⁵. Otro aspecto de este Libro que corresponde destacar es aquel relativo al Título sobre las personas concebidas; en el mismo está formulado claramente el principio del sistema según el cual el concebido es considerado, en todo el Derecho, como ya nacido en todo cuanto lo pueda favorecer (art. 70). Este principio también está presente en el Código Civil chileno, pero es sobre todo del *Esboço* de Freitas que Vélez recoge los elementos para arribar a una formulación cuyas implicaciones son sumamente relevantes. En cierto sentido, también resulta paralela la consideración de todas las personas a partir del reconocimiento a favor de los extranjeros de la tutela de los derechos previstos en el código (arts. 63 y ss.)²⁶.

6.5. El concepto de propiedad se encuentra esencialmente formulado y coloca en el centro la voluntad del propietario (art. 2506). Este concepto es el fruto de un complejo proceso de transformación de la propiedad rural desarrollado en Argentina después de la independencia en un clima cultural de marcado liberalismo (*Nota* al art. 2513) y que, por otra parte, se enfrenta con la relectura de los esquemas jurídicos propios del Sistema de Derecho Romano. El mismo debe ser integrado con la referencia al principio consagrado por Justiniano en sus Instituciones, según el cual “es interés de la República que ninguno haga un mal uso del suyo [derecho de propiedad]”²⁷ (nótese que este principio ha fundado la posterior modificación del texto del citado artículo por la ley 17.711). Este concepto también debe entenderse en correlación con el artículo 2511 (expropiación) y, especialmente, con los artículos

²⁵ No es éste el momento y el lugar oportuno para afrontar el peligro que esta construcción comporta al cubrir con la imagen de la persona relaciones reales diversas, y, en efecto, existe una exigencia muchas veces de “descubrir el velo” de la personalidad jurídica y de conferirle relevancia a tales relaciones reales, a los acuerdos internos, etc. Desde el punto de vista de la formación que ha tenido esta construcción, cfr. ORESTANO, R., *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1968; CATALANO, P., *Alle radici del problema delle persone giuridiche*, in *Diritto e persone*, Giappichelli, Torino, 1990, ps. 163 y ss.

²⁶ Ya he subrayado esta impronta presente en los códigos de América Latina en la *Nota introductoria* al Cód. Civ. chileno citada.

²⁷ J. 1, 8, 2.

2611, 2612 y siguientes que atenúan el temperamento individualista mediante algunas restricciones impuestas al dominio privado y a la específica reglamentación existente en materia de relaciones de vecindad (el Cód. Civ. chileno –como he destacado– pone en evidencia además el límite de las leyes y de los derechos ajenos).

Este concepto de propiedad luego se vincula con la clasificación de las cosas que abre el Libro Tercero y, en particular, con los artículos 2339 y siguientes que consideran el régimen de las cosas del Estado y de las provincias, distinguiendo aquellos que son bienes públicos (de uso y goce común) de otros que pertenecen a dichas entidades en propiedad privada.

Un regla fundamental en materia de propiedad –igual a la del Derecho Romano y acogida liminarmente en América Latina por el Código Civil de Perú de 1852 y el de Andrés Bello– es aquella según la cual para su transferencia es necesaria la entrega causal traslativa²⁸ (arts. 2601-2603, 577, 2524, inc. 4º, 2609, 2505 según el texto original, posteriormente modificado por la ley 17.711 en el sentido de requerir la transcripción en los registros públicos para la oponibilidad a terceros de dicha entrega traslativa cuando la misma recaiga sobre bienes inmuebles). No es suficiente ni el solo consenso causal del Código Civil francés (arts. 1101 y 1138) o del Código Civil italiano (arts. 1321 y 1325)²⁹, ni tampoco el solo acto abstracto del BGB alemán (§ 873).

6.6. En cuanto a la definición de contrato (art. 1137)³⁰, el código enfatiza la consideración de la “declaración de voluntad”. El mismo,

²⁸ Existe una gran discusión en la doctrina romanista sobre si en el Derecho Romano la *traditio* era causal o abstracta. Esta discusión de larga data ha engendrado dos líneas de desarrollo en el Sistema: mientras que en el área ibérica y latinoamericana se ha seguido la línea de la “causa” o “título”, en Alemania, en cambio, el título no ha sido reputado necesario y, por lo tanto, se considera suficiente el acto de entrega llevado a cabo por el propietario con la voluntad de transferir.

²⁹ En América Latina esta orientación ha sido seguida por México, y, entre los códigos más recientes, por el Cód. Civ. de Paraguay y el de Perú.

³⁰ Sobre las definiciones de los contratos en los códigos civiles de América Latina, cfr. SCHIPANI, S., *Las definiciones del contrato del sistema jurídico latinoamericano*, en AA. VV., bajo el cuidado de D. F. Esborraz, *Sistema jurídico latinoamericano y Derecho de los Contratos*, Porrúa, México, 2006, ps. 147 y ss.

por lo demás, refiere sin lugar a dudas a la necesidad del acuerdo entre las partes³¹. Consentimiento, capacidad, objeto, forma (y prueba), son los capítulos de un examen de los elementos constitutivos del contrato (arts. 1144 y ss., 1160 y ss., 1167 y ss., y 1180 y ss.)³²; estos elementos además han de ser integrados con la referencia a la causa, que es indicada en otro lugar³³. En el Código Civil de Vélez, el contrato se inserta dentro de un sistema piramidal general que comprende otros presupuestos de hecho descriptos por la ley que también son productores de efectos jurídicos y respecto a los cuales comparte algunos elementos en común (aun cuando también posee caracteres específicos). Es el caso de los *hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones*, aunque cabe aclarar que su eficacia no es exclusivamente obligatoria pese a encontrarse su régimen ubicado dentro del Libro de las obligaciones (Sección Segunda)³⁴. En este cuadro, que tiende a acoger la construcción de una doctrina general de la *fattispecie* y de sus efectos, la enunciación de un orden de las fuentes de las obligaciones resulta en consecuencia sacrificada y referida apenas incidentalmente en una nota³⁵. Sin embargo, el contrato es –al igual que en el Código Civil chileno– sólo fuente de obligaciones³⁶, y la unidad e individualidad

³¹ La referencia a la “declaración” encuentra su raíz dogmática en los arts. 913 y ss., pero bajo el perfil terminológico en los arts. 915 y 916, todos relativos a la necesidad de exteriorización de la voluntad; los arts. 913, 914 y 917 a su vez reflejan los arts. 445 y ss. del *Esboço* de Código Civil de Augusto Teixeira de Freitas, y usan el término “manifestación”, mientras que los arts. 915 y 916 se arraigan en el Tít. IV de la Parte I del ALR prusiano y en el *System* de Savigny, y de allí utilizan el término “declaración”.

³² Dada la inserción del contrato en una estructura piramidal de categorías más generales, en el examen de estos elementos a menudo se hace también reenvío a lo que está dispuesto en tal ámbito superior (art. 896 y ss).

³³ Cód. Civ. arg., arts. 500-502 (v. también art. 926).

³⁴ Cfr. Cód. Civ. arg., arts. 499, 896 y ss.

³⁵ Cfr. la nota preliminar de Vélez al Tít. IV del Lib. III: “...la obligación, cualquiera que sea su origen: un contrato, un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito, o la ley”.

³⁶ El art. 1137 cit. dice en modo general: “destinada a reglar sus derechos”, y esto hace pensar en una eficacia más extensa, pero no hay duda de que para producir efectos reales resultan necesarios otros actos.

del tratamiento de las mismas constituye un sólido punto de referencia (arts. 495-895). El objeto de las obligaciones que nacen del contrato resulta ser, pues, en primer término aquel “formalmente expresado”, pero integrado además por todo aquello que “virtualmente” pueda considerarse incluido en el mismo (art. 1198; luego de la reforma a esta norma por la ley 17.711, se hace referencia a la “buena fe” en el cumplimiento).

Estas peculiaridades, que son de gran importancia a los efectos de una reelaboración terminológico-conceptual y sistemática, abren nuevas perspectivas respecto de aquellas que fueran acogidas en los códigos de Perú (1852) y de Bello (1855), y constituyen el punto de partida para la construcción de una Parte general, que se concretará luego en el Código Civil de Brasil (1917). Al mismo tiempo, el Libro de las obligaciones que sirve de instrumento para el tratamiento unitario de ellas y sus fuentes (siempre exceptuadas aquellas vinculadas a las sucesiones) –integrado con la posterior introducción de la referencia explícita a la buena fe sobre la base de la común opinión de la ciencia jurídica– guarda armonía con los otros códigos de la época y al mismo tiempo constituye un modelo original.

6.7. Ya he inicialmente indicado que las *Notas* del Código Civil argentino constituyen una característica relevante del mismo. Ellas fueron ordenadas por encargo oficial dirigido a Vélez Sársfield en el momento en que le fue confiada la tarea de redactar el Código Civil (20-10-64). En esa oportunidad se precisó: “sería muy conveniente que en los diversos artículos que forman el código, sean anotadas las correspondencias o discrepancias con las disposiciones del derecho establecido en los códigos vigentes en la Nación, como así también sobre la conformidad o disconformidad con los códigos civiles de las principales naciones del mundo”.

Las *Notas* redactadas en base a esta disposición fueron publicadas a partir de la primera edición del código con valor legal (1870), siendo reproducidas regularmente hasta las ediciones actuales. Está por ser publicada una edición a mi cuidado en la que los textos romanos en lugar de ser sólo citados son integralmente transcritos en su traducción al español con el fin de que resulten más fácilmente legibles y utilizables

para la interpretación³⁷. Las *Notas* de Vélez van mucho más allá de la indicación de normas paralelas de los códigos civiles vigentes (las cuales pudieron derivar de los estudios de legislación comparada); ellas además elaboran y discuten cuestiones doctrinarias y normativas a partir de los códigos de Justiniano y Alfonso el Sabio (al cual se deben las *Leyes de las Siete Partidas*); en suma, constituyen un verdadero texto de doctrina que ha tratado de encontrar las soluciones más justas y adecuadas, tal como Justiniano le encomendó a los juristas que elaboraron sus códigos. Las *Notas* son de diversa índole y pueden ser así clasificadas: concordancias, citas, notas preliminares a secciones, notas preliminares a títulos, notas preliminares a capítulos y notas finales. Ciertamente las *Notas*, si bien carecen del carácter vinculante que tiene el texto de los artículos del código, están dotadas de valor doctrinario y, al mismo tiempo, expresan aquella unidad y coherencia entre el trabajo científico y el articulado que es su resultante, toda vez que el código no ha de ser considerado sólo el fruto de la potestad del legislador, sino también y sobre todo de la competencia y autoridad de los juristas.

Un aparato de esta índole, si bien no está presente en otros códigos, se puede comparar, en primer lugar, con el que acompaña la *Consolidação das Leis Civis* de Teixeira de Freitas, a quien asimismo le fue encomendado este trabajo en el momento en que recibió el encargo (“deberá citar en notas correspondientes las Leyes que autorizan la disposición y aclarar el uso que se hubiera difundido en contra o conforme al texto”). En segundo lugar, un aparato similar contenía el ya citado *Esboço* de Código Civil del mismo Freitas y también el Proyecto de Código Civil español de García Goyena (1851), mientras que de menor alcance son las notas del Proyecto de Código Civil de Acevedo para Uruguay o de Bello para Chile. Se encuentran *Notas*, además, en algunas ediciones de numerosos códigos; entre las cuales pueden citarse, verbigracia, las obras de Taglioni, *Codice civile di Napoleone il Grande*, 3 volúmenes, Milano, 1808-1811 y de C. Beviláqua, *Código civil dos Estados Unidos Brasileiros*, Río de Janeiro, 1940. Por último, en el marco de la elaboración de los proyectos para un código europeo

³⁷ Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

de los contratos, puede ser mencionado el plexo de notas que contienen los principios de Derecho europeo de los contratos (edición española a cargo de P. Barres Benlloch, J. M. Embid Irujo y F. Martínez Sanz)³⁸, aunque éste no se sirva de las bases del Sistema y, por lo tanto, la perspectiva que ofrece en cierto modo se empobrece.

Por otra parte, el conjunto de notas incorporadas al código resalta uno de los momentos más trascendentes en el trabajo de codificación que, en mayor o menor medida, se destaca en la redacción de todos los códigos. Ello hace evidente como la codificación es una expresión del desarrollo del Sistema a través de la ciencia y la legislación, incluyendo las innovaciones que la creciente unificación de base en la consideración jurídica de los hombres así como las nuevas y variadas situaciones históricas y ambientales han llevado a madurar; y excluyendo, en cambio, aquellas instituciones extrañas a los principios y a las tendencias de fondo del Sistema que se muestran en contraste con el mismo (v. gr. instituciones medievales como el feudo). En este sentido, la codificación significa una instancia eminentemente innovadora en la evolución del Derecho, por encontrarse arraigada precisamente en la tradición del mismo Sistema y en sus principios basilares.

Finalmente, esto también evidencia que los códigos –en tanto representan el fruto del trabajo de la ciencia jurídica– no son sustancialmente diferentes de las grandes obras de síntesis de los libros (*Digesta* o *Ad edictum*) de los juristas romanos clásicos o de los juristas posteriores a Justiniano (la Glosa, los escritos de Bartolo, Baldo, Donello, Domat, Pothier, Savigny o Windscheid). En todas estas elaboraciones se examinan los problemas y las opiniones de otros juristas, procurando arribar a la solución científicamente “mejor y más justa” mediante una labor comparativa que origina un Derecho controvertido, que encontrará expresión también en la misma pluralidad de códigos, en su circulación y en su continuo perfeccionamiento. El Sistema jurídico romanista, expandiéndose en base al principio fundamental que del mismo deriva, según el cual “cada pueblo usa en parte un derecho común y en parte un derecho propio”³⁹, también engloba –como he

³⁸ Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.

³⁹ Gai. 1, 1 = D. 1, 1, 9; J. 1, 2, 1.

señalado *supra*– los diversos subsistemas que del mismo derivan y lo integran; injertándose en la pluralidad indicada y articulando los factores que hacen factible su recíproca comunicación dentro de dicho sistema, así como la selección de elementos cada vez más abiertos a todos los pueblos.

7. El Código Civil argentino de 1871 ha sido objeto de numerosas reformas parciales, siendo la más importante aquella llevada a cabo por la ley 17.711 de 1968 que ha reducido considerablemente la impronta individualista y voluntarista que lo caracterizaba, introduciendo perfiles que denotan una mayor preocupación hacia la dimensión social. Además, han sido elaborados desde su entrada en vigencia diversos proyectos de reforma más o menos extensos. En algunos casos, estos proyectos han previsto la sustitución de artículos, aunque conservando las *Notas*; en otros casos, en cambio, estas últimas han sido abolidas. En los últimos tiempos, la razón primordial que ha motivado el anhelo de efectuar la reforma del código ha sido la sentida necesidad de unificar al Derecho Mercantil y Civil, conforme a la línea que ya fuera introducida por el Código Civil italiano de 1942, aunque también se han sumado otros factores. Cabe mencionar asimismo que, a causa de las recientes crisis políticas y económicas, la idea de una sustitución del Código Civil ha sido por el momento dejada de lado.

8. El trabajo llevado a cabo por el profesor Xu Diyu es de una gran importancia y utilidad. Ha comenzado esta labor en Buenos Aires durante el curso de una estadía de estudio e investigación con el profesor Norberto Rinaldi de la Universidad de Buenos Aires y en el marco de la actividad coordinada y promovida por la cátedra de Derecho Romano de la Universidad de Roma “Tor Vergata”. La traducción realizada por el profesor Xu Diyu tiene como base el texto vigente del Código Civil argentino que incluye sus principales modificaciones. El mismo ha trabajado bajo su exclusiva responsabilidad y con la guía del profesor Xu Guodong (de la Universidad de Xiamen), junto con quien desarrolla un amplio programa cuya principal atención está puesta en los códigos de los países de América Latina⁴⁰. Con la traducción

⁴⁰ Cfr. GUODONG, Xu, *Il Diritto latinoamericano come ponte tra Diritto cinese*

del Código Civil argentino se ha cumplido una obra sumamente trascendente para la vida y comunicación interna del Sistema concebido en su integridad. En efecto, el código bajo examen con sus *Notas* constituye una obra de encumbrado valor científico, práctico y simbólico. Dalmacio Vélez Sársfield a menudo en sus *Notas* escribió: “la ley romana dice”, expresando con ello el reconocimiento de la incorporación del Derecho Romano en el continente latinoamericano. La tarea realizada, sumada a la traducción previamente llevada a cabo del código de Andrés Bello (publicada en 2002), significa –de parte de la cultura jurídica china– recoger las principales expresiones de la afirmación de la independencia en América Latina a través del Derecho Romano. Ese momento de intensa actividad creativa no estuvo atento a uno de los componentes esenciales del Sistema jurídico latinoamericano –el referido a su origen precolombino–, el cual, no obstante su fragmentario particularismo, no ha sido cancelado por el transcurso del tiempo y actualmente emerge nuevamente en aras de alcanzar renovados equilibrios dentro del Sistema; mientras éste se proyecta con su destacado universalismo para ofrecer los principios de su derecho en un contexto abierto, representado por las actuales exigencias del siempre vivo *ius gentium* (es decir del Derecho común de todos los pueblos)⁴¹.

e Diritto latinoamericano, en *Mundus Novus. America. Sistema giuridico latinoamericano* (= revista *Roma e America. Diritto Romano comune*, 18-20), Roma, 2005, ps. 431 y ss.

⁴¹ Sobre los tres grandes Codificadores latinoamericanos, autores de los “códigos de la transfusión del Derecho Romano y la independencia”, cfr. SCHIPANI, S. (coord.), *Derecho Romano. Codificaciones y unidad del Sistema jurídico latinoamericano*, Estudios Sassaresi, Giuffrè, Milano, 1981; SCHIPANI, S. (coord.), *Dalmacio Vélez Sársfield y el Derecho latinoamericano*, Roma y América. Colección de Estudios Jurídicos Latinoamericanos, 5, Cedam, Padua, 1991; y además: AA. VV., *Andrés Bello y el Derecho latinoamericano*. Congreso Internacional, Roma, 10/12 de diciembre de 1981, La Casa de Bello, Caracas, 1987; SCHIPANI, S. (coord.), *Augusto Teixeira de Freitas y el Derecho latinoamericano*, Roma y América. Colección de Estudios Jurídicos latinoamericanos, 1, Cedam, Padua, 1988. Sobre Dalmacio Vélez Sársfield también véase Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, 5 vols., Córdoba, 2000; sobre la codificación en América Latina en general, véase GUZMÁN, A., Brito, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, 2000.

EL CRÉDITO Y LA DEUDA

por ALEJANDRO O. ALLIAUD*

*En memoria del Prof. Dr. LUIS O. ANDORNO,
con especial agradecimiento por sus
desinteresadas y repetidas atenciones*

SUMARIO: 1. La posición jurídica. 2. Consecuencias o efectos desde cada posición. 3. La posición activa. 4. Facultades. 5. La salvaguarda del crédito. 6. Cargas. 7. La posición pasiva. 8. Deberes. 9. Facultades. 10. Derecho del deudor ¿al cumplimiento o la liberación?

1. La posición jurídica

La obligación es una valiosa herramienta que permite la mancomunación de esfuerzos individuales como un recurso apropiado para la cooperación mutua y que se utiliza con una finalidad común: la realización del interés de cada uno de los sujetos de esa relación. Pero, respecto a tal actividad, no se da un derecho puro de un lado y un deber puro del otro, así, cierta posición de libertad del deudor puede encontrarse donde termina su deber y a la vez identificarse cierta sujeción del acreedor que actúa como soporte a la actividad de cooperación, en el cumplimiento de la obligación¹.

* Profesor Titular de Derecho Civil I, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

¹ La obligación, en sí, incluye la idea de medio y la idea de fin: “no sólo por la actividad de prestación, esto es, comúnmente hablando, la actividad de cooperación entre dos sujetos, sino también por el resultado a que esta actividad tiende, esto es la realización de los intereses de la relación”. HARTMANN, *Die obligation*, Erlangen,

Entonces, ¿la condición de acreedor o deudor son meras cualidades o, más bien, se trata de posiciones jurídicas? En un criterio que compartimos, la condición de acreedor o deudor, más que ostentar una cualidad jurídica, entraña ocupar una posición jurídica².

Veremos que el acreedor con su derecho a la prestación y el deudor con su deber de cumplimiento están rodeados de una rica y variada gama de facultades y deberes accesorios. Si hiciéramos este análisis en abstracto y con cierto grado de generalización tendríamos que decir que los sujetos gozan de una cualidad jurídica, en cambio, si las individualizamos, en concreto, diríamos que se trata de una posición jurídica. Según este enfoque, las posiciones jurídicas son situaciones caracterizadas por datos particulares que sirven para identificarlas y precisar los efectos que les son propios (por ej.: la posición de locador, vendedor, mandatario...), mientras que las cualidades jurídicas son construcciones abstractas y generales, de donde resultaría que ser acreedor o deudor se adecuaría más a esta última hipótesis³.

El crédito no se agota, como ya hemos adelantado, en la mera delimitación de un derecho subjetivo ni la deuda en un deber calificado, en realidad, ambos suponen, aun en abstracto, un estándar o *status* jurídico que configura, a nuestro juicio, una verdadera situación jurídica. Decimos una *situación jurídica*, en semejanza a *posición*, ya que esta posición, cuando es activa, reúne en su núcleo, principalmente, un haz de facultades dirigidas contra el deudor o contra un tercero (que se haya obligado con él) y un conjunto de deberes, cuando es pasiva⁴. Pero

1875, p. 31 citado por FALZEA, Angelo, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 15.

² HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Derecho de Obligaciones*, Espasa-Calpe, Madrid, 1988, p. 47.

³ Éste es el rasgo distintivo que propone CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Civitas, Madrid, 1990, p. 137.

⁴ Durante el desarrollo del supuesto jurídico que genera la relación y realiza la subordinación definitiva de un interés a otro puede surgir una (o más de una) relación jurídica, instrumental respecto del primero, a la cual se le da el nombre de "relación jurídica preliminar" (por ej., el otorgamiento de una representación convencional). Para designar esta fase, Santoro Passarelli se ha propuesto también el nombre de "situación jurídica". SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Istituzioni di Diritto Civile. Dottrine Generali*, 3ª ed., Jovene, Napoli, 1946, ps. 49/50.

no se trata de facultades y deberes aislados, sino de un conjunto complejo y a la vez armónico donde aquéllos se entrecruzan, complementan y evidencian lo que efectivamente ocurre en la realidad.

Si aceptamos, como expresión metafórica, que la esfera jurídica de un individuo es el conjunto de posibilidades jurídicas del mismo, la relación de crédito se presentaría como una extensión, o, mejor dicho, como una injerencia de la esfera jurídica del acreedor en la esfera jurídica del deudor. No obstante, nosotros preferimos considerarla como una “interrelación patrimonial” que funciona principalmente desde la esfera patrimonial del deudor hacia la esfera patrimonial del acreedor⁵.

2. Consecuencias o efectos desde cada posición

Una relación jurídica, analizada en su desarrollo, presenta las vicisitudes comunes a todos los fenómenos proyectados en el tiempo: atraviesa un ciclo, con un inicio, un desarrollo y un fin. Con relación a tales aspectos, en la ciencia jurídica se habla de constitución, modificación y extinción de derechos, deberes, relaciones y posiciones subjetivas en general. Las principales son las hipótesis de la adquisición (originaria o derivada), constitución y extinción, mientras que la modificación (subjetiva u objetiva) es considerada intermedia o derivada.

Desde la relación obligatoria, los supuestos de constitución y extinción son fases, no opuestas sino complementarias y simétricas, ya que al disponer consecuencias jurídicas –derechos, cargas y deberes– tienden siempre a la realización de intereses de los sujetos involucrados.

El interés típico de la relación creditoria es que se cumpla un particular tipo de cooperación económica entre las partes; el interés del acreedor consiste en la transformación o traslación de un bien como medio idóneo para producir un incremento de su patrimonio como, asimismo, también tiene un interés el deudor, a fin de evitar en el futuro una disminución injusta de su propia esfera patrimonial.

En este orden de ideas, debe mantenerse rigurosamente diferenciado el fenómeno integral de la *realización de la obligación* de los

⁵ Se puede ampliar en nuestro trabajo sobre *Patrimonio y responsabilidad patrimonial*, UNR, Rosario, 2005, ps. 163 y ss.

fenómenos parciales de la *mera realización del derecho* y de la *mera realización del deber*⁶.

La primera hipótesis incluye todas las alternativas que implica el proyecto de cooperación entre las partes y de la cual obtienen satisfacción tanto el interés del acreedor (satisfacción de la expectativa) como el del deudor (liberación de la sujeción). En las otras dos hipótesis, todo se reduce al hecho por el cual el acreedor consigue la satisfacción de la expectativa, independientemente del medio por el cual este efecto se produce como, asimismo, al hecho por el cual el deudor lleva a cabo integralmente la prestación debida y se libera de la sujeción patrimonial, prescindiendo de la circunstancia eventual que tal prestación satisfaga o no el interés particular del acreedor. Estos dos despliegues se encuadran, usualmente, en los llamados efectos de las obligaciones, tanto con relación al acreedor como al deudor.

Se ha dicho que “estudiar los efectos de las obligaciones es estudiar las sanciones que la ley establece para el caso de incumplimiento”, sin embargo, el fenómeno en que se resumen todos los momentos que son presupuestos de la realización de la obligación y que representa la única causa extintiva capaz de actuar en forma plena e integral es el pago o cumplimiento de la obligación⁷.

El estudio y la pretendida sistematización de las consecuencias o efectos que trae aparejado el vínculo obligacional, desde su nacimiento, se han abordado desde diferentes perspectivas; así, se enuncian efectos con relación al acreedor, distinguiéndolos de los efectos con relación al deudor y, en particular, de los primeros se suele hablar de efectos principales, accesorios o secundarios⁸.

El derecho creditorio configura una situación de poder social y

⁶ FALZEA, ob. cit., p. 7.

⁷ JOSSERAND, L., *Cours*, II, N° 581, ps. 282/83 citado por BUSSO, Eduardo B., *Código Civil anotado. Obligaciones*, Ediar, Buenos Aires, 1949, t. III, ps. 208/09.

Cuando una persona adquiere un compromiso, se produce una situación de tensión jurídica y patrimonial cuyo natural desenlace o inclinación se traduce en la tendencia al restablecimiento del equilibrio inicial. PALMERO, Juan C., *Tutela jurídica del crédito*, Astrea, Buenos Aires, 1975, ps. 151/52.

⁸ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 4ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1978/80, t. I, ps. 77/78.

económico –aunque, no siempre– que el sistema u ordenamiento legal confiere al acreedor a fin de lograr la satisfacción de su interés (efectos principales) y, a la vez, autorizar, durante la pendencia de la obligación, a mantener la incolumidad e integridad del patrimonio de su deudor (efectos accesorios o secundarios).

Los efectos principales se suelen dividir en normales (“es lo que normalmente ocurre por eso lo de normal”), que serían el cumplimiento espontáneo, la ejecución forzada y la ejecución por otro, y anormales, que consisten en la reparación del daño por la prestación incumplida (art. 505, Cód. Civ.)⁹.

Nos parece bastante criticable esta clasificación.

En primer lugar, lo “normal” o “anormal” de un hecho o de una conducta se juzga sobre la base de su frecuencia y aceptación social; desde este punto de vista y si ponemos atención en la infinita cantidad de obligaciones que nacen diaria y cotidianamente, veremos que el único efecto que puede llamarse “normal” es el cumplimiento voluntario por parte del deudor (que tampoco, en rigor, es un efecto con relación al acreedor, como veremos más adelante).

En segundo lugar, no parece atendible afirmar que la ejecución de una obligación por un tercero configure una circunstancia o hipótesis normal¹⁰.

En tercer lugar, y aun admitiendo dichas categorías, los efectos anormales o la indemnización substitutiva deben remitirse y estudiarse dentro del marco de la teoría general de la responsabilidad civil¹¹.

⁹ ALTERINI, Atilio A., LÓPEZ CABANA, Roberto M. y AMEAL, Oscar J., *Derecho de Obligaciones*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 86/87.

¹⁰ “El arbitrio de acudir a un extraño, si bien no cae dentro de la ejecución indirecta, no es tampoco el supuesto normal de cumplimiento por el deudor mismo”. MAYO, Jorge A., *Código Civil y leyes complementarias*, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, Eduardo A. (coord.), Astrea, Buenos Aires, 1981, t. II, p. 582 (cita a LAFAILLE, *Obligaciones*, t. I, p. 157, nota 68).

¹¹ “El derecho de crédito se dirige a la obtención del objeto específicamente debido. En caso de incumplimiento nace una nueva obligación, en virtud de la cual el acreedor puede dirigirse al patrimonio del deudor para tomar de él la indemnización pertinente. Lo que decide si el derecho del acreedor se ha de dirigir al bien debido o si se ha de orientar al patrimonio del deudor es el hecho del *incumplimiento imputable*”. WAYAR, Ernesto C., *Derecho Civil. Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 1990, t. I,

Hecha estas salvedades poco queda de la clasificación expuesta, concluyendo que nos parecería más ajustado a su significado real que en este tema hiciéramos referencia sólo a la posibilidad de ejecución específica o de ejecución subsidiaria (en vez de lo “normal” y “anormal”) dentro de los llamados efectos principales de la obligación, con relación al acreedor.

Los poderes del acreedor, en cuanto sujeto de la relación, encuentran sus límites en los poderes reconocidos por ley al deudor. Con relación a éste, junto al deber principal de ejecutar la prestación debida y sus deberes secundarios, encontramos, en las obligaciones nacidas de fuente convencional, que existe un derecho a la liberación, a su prueba, a la defensa de esta situación y, en caso de insolvencia total o parcial, a la composición de su situación de crisis o impotencia patrimonial por el procedimiento concursal.

No podemos dejar de mencionar que desde el criterio normativista se piensa que los límites entre las facultades del acreedor, las facultades del deudor y la mutua relación y coexistencia entre ellos están garantizados por la ley mediante la imposición de deberes. Estos deberes impuestos por la norma legal a cada uno de ellos deben ser considerados en función de los términos de la norma y no en función de los términos subjetivos y los respectivos poderes que se hallan en interrelación.

Seguidamente, desarrollaremos estas consecuencias desde la perspectiva de los derechos, facultades, deberes y cargas de cada posición.

3. La posición activa

El crédito es el derecho a obtener el cumplimiento, esto es, el derecho del acreedor a la ejecución de la prestación debida. Este derecho subjetivo, en particular, constituye una especie de derecho patrimonial personal que, más explícitamente, lo denominamos derecho creditorio¹².

ps. 22 y 203. Se puede obtener una provechosa relación de los antecedentes que justifican lo dicho en CASIELLO, Juan José, *Sobre la unificación de los regímenes de responsabilidad civil*, en L. L. 1989-B-911 y ss.

¹² Por derechos personales se entiende, en la doctrina jurídica en general, a aquellos derechos que en Argentina denominamos “derechos personalísimos”. Por esta razón

En orden a la doctrina, el titular de un derecho creditorio puede asumir diferentes posturas, así hemos visto que la controversia sobre el objeto del derecho se deslizó simultáneamente hacia la controversia sobre el concepto mismo de crédito, es decir, como pretensión, como poder o como mera expectativa.

Pareciera que desde el nacimiento de la obligación hasta que ésta se vuelve exigible el crédito se conserva, principalmente, en un estado de expectativa¹³. Una expectativa de hecho consistente en aguardar el momento en que la obligación se haga exigible, sin olvidar que, aun en esta etapa, el acreedor dispone de facultades concretas concedidas por la ley para asegurar el futuro cumplimiento específico o subsidiario, como es, por ejemplo, imponer medidas conservatorias de su crédito y de la solvencia de su deudor.

Al momento de hacerse exigible la obligación, aquella expectativa se torna en pretensión plena que deberá ser satisfecha por el cumplimiento del deudor, ya que, en caso de que así no lo hiciera, ese crédito desplegará su poder para permitir obtener la ejecución forzada y, en su caso, agredir el patrimonio del deudor incumpliente.

La pretensión es, en general, una posición de expectativa jurídica correlativa al deber de otro. La pretensión creditoria es correlativa al deber específico del deudor, aunque se debe distinguir entre ejercicio y realización del crédito: el ejercicio se concentra en su titular, mientras que la realización del crédito requiere necesariamente la intervención de un sujeto distinto¹⁴.

Desde otra perspectiva, el crédito se encuadra dentro de la categoría

y siguiendo a Galli, preferimos la expresión “derecho creditorio” a la de “derecho personal”. Enrique V. Galli, en textos incorporados en SALVAT, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general*, 6ª ed., Tea, Buenos Aires, 1952, t. I, p. 17, nota 4b.

¹³ Descartamos la consideración de las obligaciones puras y simples (sin plazo), por su menor trascendencia funcional (no, en número), en el tráfico jurídico.

¹⁴ FALZEA, ob. cit., p. 42. Según Tuhr, “existe crédito tan pronto como se le adeuda la prestación al acreedor. En cambio, para que haya ‘pretensión’ es menester que el acreedor pueda reclamar, es decir, que el crédito esté vencido. La ‘pretensión’ es la facultad más importante, aunque no la única, que el crédito encierra para su titular”. TUHR, Andreas von, *Tratado de las obligaciones*, trad. de W. Roces, Reus, Madrid, 1934, t. I, p. 8.

de poderes, en cuanto “desde el ángulo visual del acreedor la relación se traduce esencialmente en el poder de pretender”, vinculando, así, el interés del acreedor y el deber del deudor y entendiendo la posición activa como un derecho subjetivo y no como una simple expectativa de tal¹⁵. Asimismo, el acreedor es también titular de poderes que son instrumentales respecto de su derecho, esto es, respecto a su pretensión de ejecución de la prestación¹⁶.

Puesto que el cumplimiento del deber, por parte del deudor, está destinado a proporcionar al acreedor la satisfacción de su interés, y dado que el objeto del derecho del acreedor es, según la visión subjetivista, el comportamiento del deudor, la naturaleza del derecho de crédito estaría caracterizada por la presencia de un poder del titular *frente a una persona* determinada, el deudor, y por la ausencia de cualquier poder del acreedor *sobre el objeto* de su derecho¹⁷.

¹⁵ El derecho de crédito se distingue del derecho potestativo. Los derechos potestativos estarían caracterizados por la atribución normativa a un sujeto del poder modificar una situación jurídica preexistente mediante un acto de voluntad, acto que se hace relevante también para todos aquellos que están interesados en aquella situación jurídica; estos últimos no están obligados a cooperar con el titular para la satisfacción de su interés; pero, por otro lado, no pueden hacer nada para impedir aquel cambio.

Mientras en los derechos de crédito hay una situación jurídica en la que al derecho del acreedor corresponde un deber del deudor, en los derechos potestativos, al poder del titular le corresponde una mera subordinación de los sujetos con intereses opuestos. GIORGIANNI, Michele, *La Obligación* (la parte general de las obligaciones), trad. de E. Verdera y Tuells, Bosch, Barcelona, 1955, p. 78.

¹⁶ La pretensión sería un *minus* respecto del derecho subjetivo, que es pretensión más facultad de actuar. BIANCA, Massimo C., *Diritto Civile, L'obbligazione*, ristampa aggiornata, Giuffrè, Milano, 1993, t. 4, ps. 28/29. Busso plantea y hace notar las diferencias entre Enneccerus (acción es igual a pretensión) y Tuhr (la acción y la pretensión tienen afinidades pero no se confunden). La acción es una categoría procesal, en cambio, la pretensión corresponde al derecho sustancial. Puede haber acciones declarativas que no persigan ningún comportamiento del demandado. BUSSO, ob. cit., t. III, p. 40.

¹⁷ GIORGIANNI, ob. cit., ps. 216/18/26. Zannoni precisa, con buen criterio, que “el crédito como derecho subjetivo permite exigir un comportamiento del deudor, entendiendo esto dentro de un significado jurídico, es decir, que el comportamiento contrario es razón suficiente para que el acreedor ejerza las facultades que se le reconocen para obtener la satisfacción de su crédito o las indemnizaciones correspondientes” [...] no significa concebir el comportamiento del deudor como objeto de la relación. ZANNONI, Eduardo A., *Elementos de la obligación*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 99.

Existen posiciones conciliadoras, desde las cuales la pretensión se amalgama e identifica con el poder concreto y actual de conseguir de una persona determinada una cierta prestación, un poder de cobro. Observamos que este poder servirá poco al acreedor, ya que si el obligado no quiere cumplir, para superar la resistencia de éste, será indispensable un poder jurídico ulterior y subsidiario: la acción¹⁸.

Si bien depende del alcance que le adjudiquemos al vocablo *poder*, creemos que, con relación al crédito, no se podría, propiamente, hablar de poder porque no está en las posibilidades estrictas del acreedor determinar la acción del deudor.

La acción humana, como exteriorización de voluntad y producto de una fuerza síquica, se sustrae, por su naturaleza, al imperio de la fuerza física: no puede ser mecánicamente suprimida ni creada.

Se puede, con el uso de la fuerza física, modificar los efectos externos de la acción humana, pero ésta no puede ser modificada; no existe ningún estímulo externo que pueda convertir una acción real en inexistente, porque no se puede crear ni destruir la voluntad.

La acción humana es, en sí, incoercible¹⁹. Por eso, la obligación del deudor hacia el acreedor no existe en virtud de que el acreedor pueda ejercer un poder directo sobre el deudor ni, al revés, aquella obligación puede ser negada porque los actos contra el deudor deban ser llevados a cabo exclusivamente por un órgano estatal. Para la tesis normativista, esto vendría a probar que la obligación no es un término de la relación, sino solamente el medio brindado por el ordenamiento jurídico para constituir la relación, como coexistencia de derechos. Es decir, la obligación resultaría independiente del poder que el acreedor tenga para hacerla valer, porque no sería correlativa a su derecho.

Justamente, para Barbero, la relación jurídica es la “relación entre un sujeto singular y el ordenamiento jurídico” y concebida como género, nos permite, a su vez, distinguir una relación activa y una relación

¹⁸ Es el criterio de Betti (*Il concetto della obbligazione costruito dal punto de vista dell'azione*, Pavia, 1920), citado por BIANCA, ob. cit., p. 28, nota 16.

¹⁹ ROCCO, Alfredo, *Il fallimento. Teoria generale ed origine storica*, Fratelli Bocca Editore, Milano-Torino-Roma, 1917, p. 18.

pasiva, entendiendo por la primera “una posición de ventaja de un sujeto respecto de un objeto, en virtud de una norma”²⁰.

Esa ventaja se puede presentar bajo tres perfiles diferentes: a) posibilidad del sujeto –titular de la relación– de observar un determinado comportamiento, en su propio interés, con relación al objeto; estamos ante el “derecho subjetivo” del acreedor; b) la expectativa tutelada de la prestación del objeto por otra persona, noción de “crédito”, y c) un refuerzo de la expectativa mediante una relación subsidiaria sobre otro objeto, es decir, la “garantía en sentido activo”.

En cualquiera de estas categorías o fraccionamientos propuestos veremos abrazadas a esta posición activa, tanto facultades a favor del acreedor como, también, cargas.

4. Facultades

Desde su nacimiento y hasta su extinción cada obligación genera una serie de consecuencias o efectos que se traducen en un cúmulo de facultades (y también de cargas) en un caso a favor del acreedor y en otros a favor del deudor²¹.

²⁰ Según Barbero, “derecho subjetivo” y “crédito” son dos especies del género común “relación jurídica activa”, significando ambos una posición de “ventaja”; el “crédito”, en cambio, no es, a su vez, una especie del derecho subjetivo, porque entre “poder hacer” y “esperar” no hay nada en común que haga pensar en un género, sino que está, precisamente, puesta la diferencia específica de dos “posiciones de ventaja”, cuyo género está un peldaño más arriba, en la “relación jurídica activa”.

Barbero distingue el derecho subjetivo del crédito en que mientras el primero es un *agere licere* del sujeto sobre el objeto de la relación (por ej.: un derecho real), el crédito no es más que una “expectativa tutelada de la consecución del objeto por la prestación del deudor”.

El acreedor no puede conseguir por sí, por acto propio, la satisfacción que el ordenamiento jurídico le atribuye, salvo defenderse con la acción si el deudor no cumple. Pero al dirigirse al ordenamiento jurídico, ejercitando la acción en defensa del crédito violado, no significa tomarse la satisfacción debida, sino pedir a dicho ordenamiento, tutor de la observancia de sus propios mandatos, que tome el equivalente del patrimonio del deudor y lo entregue al acreedor.

En la correlación “crédito-débito” el acento recae sobre el término “débito”, de cuyo cumplimiento se espera la satisfacción del “interés tutelado”. BARBERO, Domenico, *Sistema de Derecho Privado*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1967, t. I, ps. 165 y 175/76.

²¹ Existen en nuestro Derecho facultades (o cargas?) que se encuadran dentro del

Por su posición activa, el acreedor está investido de poderes y pretensiones que le permiten exigir del deudor el comportamiento adecuado respecto a todos y a cada uno de esos deberes; a esas pretensiones las denominamos *facultades*. De esta manera, el concepto de *facultad* es más restringido que el de *derecho*, ya que éste reúne, en sí, un conjunto de facultades diversas que en el caso del derecho creditorio son las que le permiten exigir el cumplimiento de los distintos deberes que pesan sobre el deudor²².

El primer resultado que se deriva del nexo obligatorio es el de autorizar al beneficiario para compeler a su deudor al cumplimiento de la prestación²³.

En caso de incumplimiento espontáneo, el acreedor posee la facultad de exigir la ejecución forzada y, si aquél subsiste, en convertir su crédito en título ejecutivo (si no es de por sí), mediante la obtención de una sentencia condenatoria.

natural desarrollo de la relación obligatoria, por ejemplo: a) la elección de la cosa, en caso de que así le corresponda, en las obligaciones de género (art. 601, Cód. Civ.); b) la elección de la cosa cierta deteriorada o la reparación del daño compensatorio en caso de deterioro de la cosa por culpa del deudor (art. 581, Cód. Civ.), y c) constituir al deudor en moroso mediante la interpelación (art. 509, Cód. Civ.), etc. Dichos actos, que se manifiestan a través de comportamientos o declaraciones, corresponden a presupuestos legales necesarios e imprescindibles para que la relación obligatoria produzca las consecuencias pretendidas, es decir, lo que, en la terminología introducida por Llambías, se denominaría el normal funcionamiento de la “inercia jurídica”.

La facultad de recibir pagos parciales o defectuosos o que contraríen el principio de identidad del pago, como asimismo la renuncia total o remisión de la deuda son circunstancias que no hacen a una facultad particular de los derechos creditorios sino a los derechos en general cuya renuncia la ley no impide (art. 19, Cód. Civ.). En igual sentido, podemos incluir la facultad de disposición del crédito, que como cualquier derecho puede ser cedido dentro de los límites que autorice la ley (art. 1444, Cód. Civ.).

²² Asimismo y desde el punto de vista externo, la libertad, que todo derecho por su propia naturaleza presupone, garantiza que el acreedor pueda disponer o ceder el crédito sin que el deudor pueda constreñirlo ni obstaculizarlo. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Curso de obligaciones*, Advocatus, Córdoba, 1993, t. 1, p. 397.

²³ LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones*, vol. 1, Ediar, Buenos Aires, 1947, t. IV, p. 53. En la posición activa, normalmente coinciden en la misma persona –acreedor– la voluntad y el interés, es decir, pretender y obtener la prestación; cuando interviene el *adjectus solutionis causa*, aunque el acreedor reclame la prestación se satisface un interés de aquél.

Así, se pueden presentar tres situaciones posibles:

1) En primer lugar, en cuanto al cumplimiento, se suele mencionar, en referencia a los efectos de las obligaciones, con relación al acreedor, el derecho de éste “a exigir el cumplimiento espontáneo del deudor”²⁴.

Creemos que esto no es así, el acreedor carece de este derecho porque no existe acción para exigir el cumplimiento espontáneo; esta conducta forma parte de la libre decisión del deudor, libertad psicológica “que el Derecho no suprime sino antes bien supone”, en palabras de Barbero²⁵.

Aun, si pensamos en las medidas compulsorias, éstas son sólo eso, medios de compeler pero no de asegurar un hecho enmarcado dentro de la libertad del obligado. El vínculo obligacional sólo produce un recorte en la libertad del deudor, en un segundo paso, cuando el acreedor dirige la acción ante su incumplimiento, en otras palabras, el *ob-ligare*, puede condicionar la libertad del deudor pero jamás determinarla.

Si bien la conducta en que consiste la prestación es incoercible y depende exclusivamente de la voluntad del obligado, el bien que constituye el objeto de la prestación, sí, puede, en cambio, obtenerse compulsivamente²⁶.

2) En segundo lugar y ante la falta de cumplimiento del deudor, la ejecución específica forzosa implica imponer coactivamente al deudor la observancia de la conducta ordenada judicialmente para satisfacer el interés del acreedor. Al existir una condena a la realización de la prestación, es posible que el deudor cumpla voluntariamente acatando la orden judicial, con lo cual, al quedar satisfecho el interés del acreedor pierde sentido la ejecución forzosa, que no debe proseguir. Esta ejecución voluntaria difiere de la ejecución forzosa, propiamente dicha, caracterizada por imponerse contra o sin la voluntad del ejecutado.

Los casos en que se habla de una coacción, y por ende de una obtención del cumplimiento específico, son cuatro:

a) Cuando la prestación consiste en la entrega de una cosa cierta

²⁴ ALTERINI, LÓPEZ CABANA y AMEAL, *Derecho de Obligaciones* cit., p. 86.

²⁵ BARBERO, ob. cit., t. I, ps. 163/64.

²⁶ Es el pensamiento de Giorgi, Brunetti, Rocco, Carnelutti, Ruggiero, Messineo, Colmo, Salvat, Lafaille, Von Tuhr, Enneccerus, citados por BUSSO, ob. cit., t. III, ps. 205 y ss.

que existe y se encuentra disponible para el deudor, el acreedor puede obtenerla por la fuerza;

b) cuando la prestación consiste en dar una cosa determinada genéricamente, el acreedor (previa elección del designado o deudor) puede adquirirla, sin el concurso del deudor, a su cargo;

c) cuando la prestación consiste en un hecho fungible, el acreedor puede hacerlo ejecutar (con o sin autorización judicial, según los casos), a través de un tercero, con cargo al deudor (art. 630, Cód. Civ.);

d) cuando la prestación consiste en una abstención y el resultado (reversible) del incumplimiento puede ser destruido, el acreedor puede hacerlo destruir a costa del deudor (art. 633, Cód. Civ.).

3) Finalmente, nos queda la ejecución subsidiaria, mediante la cual se pretende satisfacer no propiamente el interés concreto del acreedor en la obligación incumplida, sino el interés abstracto y genérico a no padecer un daño como consecuencia del incumplimiento producido; daño que, generalmente, puede ser cifrado en el valor equivalente de la prestación no realizada²⁷.

Esta ejecución nos permite accionar a fin de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del deudor, sobre todo en los créditos pecuniarios, a través de los bienes del deudor (facultad de embargo) y su realización para destinar el importe al pago de lo debido (facultad de realización del valor) asegurando que la reparación del daño patrimonial derivado del incumplimiento guarde, dentro de las posibilidades probatorias, una celosa equivalencia con el estado patrimonial anterior a dicho incumplimiento²⁸.

²⁷ En las fuentes jurídicas romanas ya se constata como la moneda es el instrumento equivalente a través del cual se concluían las condenas civiles dadas por los jueces (Inst. Gayo, IV, 48), puesto que todas las demás cosas, bienes y servicios pueden ser equiparados a dinero (Cod. IV, 18, 2, 1). BONET CORREA, José, *La indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias*, Sumario de Derecho Civil, t. XXXII, vol. 2/3, Madrid, 1979, p. 372.

“El dinero es el instrumento jurídicamente admitido para resolver todas las obligaciones y extinguir aquellas que objetivamente consisten en una prestación pecuniaria”. NUSSBAUM, Arthur, *Teoría jurídica del dinero*, trad. de Sancho Serial, Lib. Gral. V. Suárez, Madrid, 1929, p. 34.

²⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones obligatorias*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, t. II, p. 103.

Antes de finalizar esta breve relación de los efectos de la obligación con relación al acreedor, no está de más recordar que, en lo relativo al aspecto personal, se puede contar con aquellos medios legales que le confieren al acreedor la posibilidad de imponer o de torcer la mala voluntad del deudor, como son los medios compulsivos clásicos: cláusula penal, seña, astreintes, derecho de retención, etcétera.

5. La salvaguarda del crédito

Sabemos que el deudor por el hecho de haber contraído una obligación no pierde –salvo, especiales circunstancias– el derecho de disposición sobre su patrimonio, claro que, en su despliegue deberá ejercer tal derecho de modo que no perjudique la razonable expectativa de sus acreedores a obtener, en defecto del cumplimiento espontáneo, la ejecución subsidiaria (o débito secundario, según Betti) de la obligación, mediante la agresión de un patrimonio apto y suficiente.

Desde la posición activa, la satisfacción del interés del acreedor no es disponible en forma directa, sino que depende de la prestación del deudor (que podría faltar por su insolvencia). Por eso adquiere importancia, dentro de este vínculo, la relación accesoria y subsidiaria de “garantía” que presenta un aspecto funcional ya que realiza la seguridad del crédito²⁹. Como consecuencia de esta garantía, merecen una especial consideración las acciones que nos permiten mantener la integridad y suficiencia del patrimonio que, como ya hemos visto, son denominadas, generalmente, como facultades tutelares del crédito³⁰.

Pacchioni habla, al referirse a estas acciones, de un poder de los acreedores de intervención y control de la gestión patrimonial del deudor (*controllo gestorio*)³¹.

Las principales son las acciones de deslinde o demarcatorias del patrimonio, las integrativas (porque no entraron bienes que debieron entrar), las recuperatorias (para los bienes que salieron sin que debieran

²⁹ Es lo que Barbero denomina “garantía” en sentido activo. BARBERO, ob. cit., t. I, ps. 178/79.

³⁰ MOISSET DE ESPANÉS, ob. cit., t. I, ps. 395/97.

³¹ PACCHIONI, Giovanni, *Diritto Civile italiano. Delle obbligazioni in generale*, 3ª ed., Cedam, Padova, 1941, p. 33.

haber salido) de bienes al patrimonio y las acciones de prevención o cautelares (para impedir la salida de bienes).

Para Pizarro y Vallespinos, los modos de protección o tutela se reducen a cuatro categorías: tutela satisfactiva (son los distintos modos de satisfacer el interés del acreedor por el cumplimiento de la prestación), tutela conservatoria (son las facultades que procuran asegurar la existencia y eficacia de la obligación como, asimismo, la integridad patrimonial del deudor), tutela resolutoria (del deudor que ha cumplido frente al que no lo ha hecho, en las obligaciones nacidas de contratos con obligaciones recíprocas) y tutela resarcitoria (la reparación de los daños causados por el incumplimiento de las obligaciones)³².

Otro criterio de sistematización aborda la tutela del crédito desde el frente externo (lesión directa de un tercero al acreedor o indirecta al deudor, en su persona o sobre sus bienes) y desde el interno, la tutela cautelar o preventiva (existencia misma del crédito y la integridad patrimonial del deudor) y la tutela de actuación o represiva³³.

En una reducción simplificadora, podríamos agrupar las medidas tutelares en las relativas a la protección del crédito y aquellas que protegen la solvencia del deudor; las primeras son las que procuran asegurar la existencia y exigibilidad del crédito (por ej.: la interrupción de una prescripción), y en la tutela de la solvencia se incluyen las acciones que resguardan la potencia patrimonial del deudor; las principales son: la acción de simulación, fraude y subrogatoria, separación de patrimonios y las demás medidas cautelares que autorizan las leyes procesales.

Barbero, en una propuesta más abarcativa, desarrolla un sistema de seguridad mediante el empleo de tres clases de medidas: 1) las

³² PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, ps. 56 y ss.

³³ La tutela preventiva tiende a preservar: a) la existencia misma del crédito, y b) la integridad del patrimonio del deudor; comprende facultades que persiguen impedir que un bien del deudor escape de su patrimonio o que no entre por su desidia. La tutela represiva le otorga al acreedor los medios para obtener por vía compulsiva la prestación debida; pueden ser medidas reforzadoras del cumplimiento, de ejecución compulsiva o de selección de los créditos y las garantías. PALMERO, ob. cit., ps. 58/59.

medidas preliminares, reforzadoras del cumplimiento, que presionan al deudor para estimularlo al cumplimiento sin llegar a la ejecución forzada (cláusula penal, seña y derecho de retención); 2) las medidas intermedias, en previsión o en vista de la ejecución forzada y éstas son: a) medidas conservativas de la posible solvencia del deudor, contra eventuales actos de disposición, ya en acto, ya en potencia, de actividades patrimoniales, por las cuales sólo pueden tener éxito las medidas coercitivas, y b) las medidas de prelación (garantías reales), en interés de los individuos que aspiran a la satisfacción contra la concurrencia eventual de un número de acreedores, que con el activo del deudor, no puedan ser satisfechos enteramente, y 3) las medidas extremas o medidas coactivas (ejecución forzada)³⁴.

Resulta indudable que estas facultades exceden el mero poder de exigir la prestación y revelan, sin duda alguna, un variado y sólido poder económico para la protección y defensa de un interés que el ordenamiento jurídico considera, con base a una marcada aceptación social, merecedor de una tutela especial. Ese interés está indudablemente centrado en la inviolabilidad del derecho de propiedad de cada sujeto –garantizado con normas de rango constitucional– y que en este caso se le aplican en su condición de acreedor o titular de una posición activa dentro de la obligación.

6. Cargas

Al fundar nuestra postura, reputando la condición de acreedor o deudor de una obligación, dentro de la categoría de “situación jurídica”, adelantamos que lo que llamamos posición activa o posición pasiva no se reducían al derecho del acreedor y al deber del deudor, sino que estas categorías o *standars* nos permitían reunir, dentro de esas notas esenciales, algunas cargas junto al derecho del acreedor y algunas facultades junto al deber del deudor.

La “carga” representa una contribución o un gravamen para el sujeto titular, cuyo cumplimiento es en beneficio de un interés suyo y sobre el que ella recae. Es incoercible, mientras que el cumplimiento del

³⁴ BARBERO, ob. cit., t. III, p. 129.

deber –coercible– está en interés de otro (acreedor, sucesor). Aquí no hay un poder vinculado, como en la potestad, sino un poder condicionado: el titular para satisfacer el interés, para cuya tutela se le concedió el poder, debe realizar una actividad concreta, observar un cierto comportamiento.

Repetimos: este comportamiento es libre. No constituye objeto de una obligación cuya inobservancia ponga a su cargo una sanción, pero, sí, es necesario puesto que es la condición para la realización del interés.

La carga es, por lo tanto, un deber pero en un sentido absolutamente diverso tanto de la obligación como de la sujeción, ya que, si bien el concepto de carga y el de obligación expresan ambos la idea de *conveniencia de observar* e implican una actividad del sujeto a quien incumben, no coinciden entre sí. Cuando hay una obligación, si el sujeto no cumple la obligación, viola un deber; en el caso de la carga, por el contrario, el sujeto no está obligado a ninguna conducta (la carga no es exigible); él puede también no-hacer, porque a la carga no corresponde un derecho subjetivo ajeno (o una pretensión) ni implica una obligación, se trataría de un supuesto de autorresponsabilidad³⁵.

¿Cuáles son estos deberes o cargas del acreedor?

El acreedor, ante todo, debe ejercer su derecho, en forma regular y no abusiva, para la satisfacción de su interés y sin servirse de la situación de preeminencia acordada por el ordenamiento jurídico para agravar la posición del deudor.

El acreedor también deberá prestar su concurso para no convertir en vano el sacrificio del deudor y no perpetuar el costo material y social que acompaña la subsistencia del vínculo. En esta cooperación, de la cual depende el éxito natural de la obligación, subsiste un deber jurídico de ambas partes, deber que en los dos casos difiere por intensidad y grado pero que importa siempre un deber de conducta.

Así, habrá supuestos en que la actividad solutoria se agotará en la

³⁵ Para Messineo, la “carga es la imposición de un comportamiento, como premisa para conseguir un determinado efecto útil. El mismo nace de un imperativo hipotético. La diferencia entre vínculo y carga, radica en que quien está obligado a la carga, tiene interés en realizar el comportamiento que ella impone”. MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1954, t. II, ps. 84/85.

prestación del sujeto pasivo y, por lo tanto, permanecerá integralmente bajo su control y habrá otros en que la posición de vínculo podría estar dispuesta, legal o convencionalmente, a cargo del acreedor, máxime si se considera que de tal concurso depende la liberación del obligado.

La buena fe es una proyección de las obligaciones convencionales, en particular, que impone al acreedor el deber de colaborar con el deudor en la medida en que esa colaboración sea necesaria para poder cumplir con la prestación, prestando la debida diligencia y la necesaria información (art. 1198, Cód. Civ.)³⁶.

En una palabra, desde la posición activa se deben facilitar los medios para posibilitar el cumplimiento de la prestación, por parte del deudor, actuando de buena fe y conforme a lo convenido.

Finalizamos recordando, una vez más, que si se nos deslizó el vocablo “deberes” durante el desarrollo de este tema (por costumbre, quizás), en rigor, se trata de “cargas” del acreedor y no de auténticos deberes que presupongan una correlativa facultad de exigir en otro, es decir, otro vínculo jurídico dentro de la misma relación obligatoria. No se trata de una conducta debida, que otro pueda exigir, sino de una conducta necesaria sólo como requisito previo o como presupuesto del acto de ejercicio. Para el acreedor se trata de un “tener que hacer” para “poder hacer”.

7. La posición pasiva

La deuda aparece, prima facie, como un deber jurídico que nos impone realizar a favor de otra persona, el acreedor, una prestación.

Deber es, en efecto y antes que nada, un interés subordinado. El *deber prestar* aparece como un momento esencial de la relación creditoria, en cuanto representa el único medio capaz de realizar, en el interior de esta relación, el *deber recibir* del acreedor³⁷.

Aun así, nos preguntamos: ¿el deudor tiene, efectivamente, un deber?

³⁶ *La correttezza, imposta dalla disposizione, non è soltanto un generico dovere di condotta morale, ma è un dovere giuridico qualificato dalla osservanza dei principi di solidarietà corporativa.* COLAGROSSO, ob. cit., p. 13.

³⁷ FALZEA, ob. cit., p. 14.

Para Carnelutti, hacer este tipo de pregunta puede parecer extravagante, no obstante, según su criterio, el deudor posee la facultad de incumplir. Este procesalista, con ilustres compañías, suprime, en la obligación, la actividad de prestar por el deudor y hace consistir el deber ya no en un deber de prestar sino en un deber de tolerar, configurando el derecho de crédito “no como un derecho a la acción sino como un derecho a la tolerancia”. El deudor puede optar por cumplir o deberá soportar que el acreedor aprehenda y goce del bien que forma el objeto de la obligación, “de los dos es el acreedor el que actúa; el deudor padece”³⁸.

Esta tesis, a nuestro juicio y aun desde la deóntica, no resulta viable, ya que si bien el deber de cumplir, en el sentido filosófico del término, resulta un imperativo hipotético (no categórico) también debe tomarse en cuenta que entre una conducta permitida y una conducta libre, que tienen en común el no estar prohibidas, existe una gran diferencia: mientras que la acción permitida puede estar prescrita (me está permitido cumplir con mi deber), la acción libre, por su propia condición de tal, no puede estar prescrita o impuesta³⁹. Que es, en nuestro caso, la situación en que se encuentra el deudor.

³⁸ *Dei due é il creditore che agisce; il debitore invece patisce* (CARNELUTTI, F., *Apuntes*, I, ps. 528 y ss.), citado por FALZEA, ob. cit., ps. 14/15, nota 20. Esta doctrina es desarrollada con la debida extensión y fundamentación por el mismo CARNELUTTI, Francesco, *Obbligo del debitore e diritto del creditore*, en *Rivista di Diritto Commerciale*, III, Milano, 1927, I, 316, ps. 295 y ss.

³⁹ ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 4ª ed., trad. de Genaro R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963, p. 158. Existe, en materia de normas, una distinción efectuada por Kant que se ha convertido en clásica a través del tiempo, ellas son: las categóricas e hipotéticas.

“En el sentido filosófico de la palabra, es categórica la norma cuya fuerza obligatoria no depende de la voluntad del sujeto al cual está dirigida, no es función de una intención subjetiva del fin hacia el cual conduce, no contiene ningún ‘si tu quieres’ explícito o implícito, sino que encuentra su fundamento más allá del ser y del bien del hombre, en su creador. Es el caso, y sólo el caso, de las normas morales.

”Es hipotética en el sentido filosófico del término, la norma cuya fuerza obligatoria, fundada primero –aunque sólo en parte– sobre el lazo objetivamente necesario que une el medio indicado por ella con el fin que supone, proviene, en definitiva, justamente de la intención hacia este fin por el sujeto al cual dicha norma se dirige. En este sentido sólo son hipotéticas las normas técnicas”.

Así se concluye que “una norma categórica en el sentido ordinario puede ser

En efecto, el vínculo entre acreedor y deudor constituye el ejemplo más claro de la relación que media entre los conceptos de derecho y deber. El obligado, jurídicamente, aunque tenga posibilidad material de dejar de cumplir, no tiene libertad *jurídica* de hacerlo porque cuando una persona está en dicha situación no está en correlación con el derecho de ninguna otra⁴⁰.

8. Deberes

El débito o deuda es un deber jurídico que implica una actividad positiva que el deudor debe llevar a cabo. Aun cuando la obligación consista en una abstención, siempre habrá un quehacer implícito del individuo empleado en sentido positivo, es decir, deberá esforzarse –he aquí el aspecto positivo– para no realizar determinado comportamiento.

En la deuda están contenidos un cúmulo de deberes, cargas y restricciones impuestas a la libre actividad del deudor.

De su deber de prestar deriva una limitación a su actividad volitiva, en el sentido de que la existencia de la obligación y la sanción sirven de estímulo y acicate para compeler al cumplimiento y asimismo para

hipotética en el sentido filosófico al estar sobreentendido su antecedente ‘si quieres’ [...] de la misma manera que una norma hipotética en el sentido ordinario puede ser en realidad una norma categórica en el sentido filosófico”. KALINOWSKI, Georges, *El problema de la verdad en la moral y en el Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1979, p. 108.

“Cuando decimos que una acción está permitida, sólo queremos afirmar que está permitido cumplirla, sin abrir juicio sobre su omisión: si la omisión está también permitida, la conducta será facultativa: si la omisión está prohibida, la acción resultará, en definitiva, obligatoria. La afirmación de que una conducta está permitida, es obligatoria o está prohibida no depende en absoluto de la realización u omisión de la conducta así calificada. Las fórmulas deónticas no se refieren al real comportamiento, sino a la calificación normativa de las conductas, con independencia de que en los hechos éstas se realicen o no”. ECHAVE, Delia T.; URQUIJO, María E. y GUIBOURG, Ricardo A., *Lógica, proposición y norma*, Astrea, Buenos Aires, 1988, ps. 125 y ss.

⁴⁰ Precisamente en el sistema de Hohfeld la relación “derecho-deber” se contrapone a la relación “libertad-falta de derecho”. PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil. Derecho general de las Obligaciones*, 4ª ed., Bosch, Barcelona, 1988, t. I, vol. II, ps. 13 y ss.

recortar y suprimir su situación jurídica, pues en tanto en cuanto el deudor cumpla, se dice que “se ha liberado”⁴¹.

Dentro de sus variados deberes, se destaca uno en calidad de principal: satisfacer el interés del acreedor a través del cumplimiento de la prestación. Junto a éste existen otros deberes accesorios o secundarios (por ej., la cooperación del deudor en los gastos que demande el pago o en las operaciones de liquidación e imputación, en caso de obligaciones nacidas de un contrato) que complementan y perfeccionan el cumplimiento del deber principal.

Las diferencias entre este deber primario (ejecución de la prestación), que se refleja en las facultades que asisten a la posición activa, y los deberes secundarios radican en que la inobservancia de los primeros pone en acción todas las consecuencias propias del incumplimiento, mientras que en los segundos, su omisión sólo llega a configurar un “cumplimiento defectuoso”.

Al no ser absolutos, estos deberes accesorios admiten grados o matices de exigibilidad.

Así, existen deberes accesorios a los cuales el acreedor se encuentra facultado para exigirlos plenamente y con separación de la prestación principal (como prestaciones autónomas, por ej.: un curso de capacitación para el uso de una cosa vendida), como también existen otros deberes que el acreedor puede exigir siempre que lo haga conjuntamente con el deber principal (por ej.: el automóvil vendido con su documentación)⁴².

También existen deberes accesorios que a priori no resultan exigibles, pero cuya falta de cumplimiento puede determinar algún tipo de responsabilidad. Se puede incluir, dentro de esta categoría, el “deber

⁴¹ En contra Messineo, pues razona que si la obligación implicase una limitación de la libertad del individuo, no se explicaría cómo podrían estar obligados sujetos (menores, insanos) incapaces de entender y de querer. FRANCESCHETTI, P.; FABIANO, N. y PEPE, I., *Obbligazioni e Responsabilità Civile*, trad. propia, Esselebr-Simone, Roma, 1996, p. 24.

⁴² Para un mayor abundamiento ver, en Díez-Picazo, los deberes secundarios según la fuente (ley, costumbre, convención y buena fe) y su aparición cronológica (anteriores concomitantes y posteriores a la prestación principal). DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos ...cit.*, t. II, ps. 117 y ss.

del deudor de información patrimonial en el proceso de ejecución”; un deber de informar, por parte del deudor, sobre los bienes de su propiedad aptos para la ejecución, para hacer efectiva así su responsabilidad patrimonial, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de recibir multas o sanciones conminatorias⁴³.

Finalmente, junto al deber principal y los deberes accesorios, Díez-Picazo propicia una tercera categoría que no guarda una conexión directa con la prestación, sino que deriva del hecho de que entre las partes se ha establecido una relación jurídica que es, ante todo y sobre todo, una relación vital, es decir, lo que los alemanes llaman un “contacto social”. En razón de este vínculo y por el hecho de haberse establecido este contacto social, las partes se deben, en cada caso, aquella conducta que la conciencia social exige (consideración ayuda, respeto, lealtad, etc.), particularmente en aquellas con cierta prolongación en el tiempo⁴⁴.

9. Facultades

El vínculo obligacional también produce consecuencias favorables al deudor. Así veremos que la posición pasiva no se agota en el deber de prestar sino que también incluye derechos o intereses a favor del deudor, que jurídicamente exigen protección.

El deudor, en cuanto tal, es titular de una serie de facultades, que no implican cargas o deberes para el acreedor, y a través de las cuales el ordenamiento jurídico le permite y le facilita la tutela y defensa de sus intereses.

⁴³ Desde el origen del comienzo ejecutorio, se sabe que éste conduce, por lo general a un único y desolador puesto: el de la ineffectividad de la ejecución forzada (duración-costo-eficacia).

Si el deudor observa prudente silencio durante el desarrollo del proceso de ejecución, en el movimiento de sus bienes, el traspaso de ellos a terceros y demás redes de vaciamiento, éstos recién quedarán exhibidos cuando ya sea tarde. En la búsqueda de un remedio a esta situación se puede hacer referencia a los antecedentes alemanes, franceses y angloamericanos donde se observa el deber de informar, por parte del deudor, sobre la verdadera y actual composición y liquidez de su patrimonio.

MORELLO, Augusto M. y KAMINKER, Mario E., *El deber del deudor de información patrimonial en el proceso de ejecución*, en E. D. 1994-157-653 y ss.

⁴⁴ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...* cit., t. II, p. 120.

Lo que es su deber, podríamos decir también que es su derecho, con las debidas licencias. Más adelante nos detendremos en la consideración particular de esta afirmación⁴⁵.

Estas facultades del deudor pueden agruparse en orden al tiempo propio en que se ejercerán, y así tendríamos:

a) Las facultades anteriores o previas al cumplimiento (cooperación del acreedor); b) las facultades concomitantes al tiempo de intentar cumplir (por ej.: la determinación de la prestación en las obligaciones alternativas, facultativas, de género, la facultad de liberarse de la deuda mediante el pago por consignación); c) los derechos nacidos con el cumplimiento exacto (obtener el recibo de pago y/o devolución del título de la deuda), y d) los derechos y facultades posteriores al cumplimiento (repeler las acciones del acreedor y oponer las defensas, a tal efecto) o, aun, del incumplimiento (bienes excluidos de la garantía, hacer valer una responsabilidad limitada, convocar a concurso de acreedores)⁴⁶.

Dado que el crédito se resuelve en una situación de privilegio o primacía del sujeto activo y que comporta una limitación en la libertad del sujeto pasivo, el titular de ese privilegio debe desenvolverse dentro de los límites en que ha sido acordado; cualquier abuso, en perjuicio del deudor, constituye una lesión de su esfera de interés y deviene en antijurídico tal comportamiento.

10. Derecho del deudor ¿al cumplimiento o a la liberación?

Quien debe, ¿puede? ¿En qué consiste el *jus solvendi*?, ¿es una potestad del deudor para imponerle el pago al acreedor en cuyo caso coincidiría con el objeto del derecho del acreedor?, ¿es una potestad,

⁴⁵ Vélez Sársfield omite, en el Código Civil argentino, consignar el derecho del deudor a cumplir exactamente la prestación debida, por haber fusionado en una norma única dos preceptos que Freytas había dispuesto en dos artículos separados (arts. 879, inc. 2º, y 880, inc. 2º). LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones* cit., t. I, ps. 78/80.

⁴⁶ ALTERINI, LÓPEZ CABANA y AMEAL, *Derecho de Obligaciones* cit., p. 89. Pizarro y Vallespinos adoptan el criterio de Cristóbal Montes que rechaza que se incluyan facultades del deudor (*Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 2, p. 54).

sin compromiso directo del acreedor, que le permite al deudor eximirse de las consecuencias propias del incumplimiento?⁴⁷

Para enfrentar estos interrogantes, ante todo, podemos considerar que si el deudor puede dejar de cumplir la obligación y someter su conducta a las consecuencias que le impone el ordenamiento (ejecución forzada o subsidiaria), en correspondencia, el acreedor podría renunciar a la satisfacción del interés comprometido en la obligación con la condición de soportar, sin reclamo alguno, las consecuencias que le pueda traer aparejado el incumplimiento.

En el esquema de la relación jurídica, la liberación aparece como un interés atribuido por la norma al deudor en calidad de fin propuesto a su voluntad.

¿Qué ocurre entonces cuando el deudor, contra su voluntad, es liberado por el acreedor o por un tercero?

Este tema resulta revisable ya que las normas que lo autorizan, prevén y suponen la existencia de una voluntad del deudor, tendiente a obtener la liberación que está objetivamente prevista por la norma constitutiva de la relación y que, en definitiva, viene a realizar el fin atribuido por ella a la voluntad del deudor (no la contingente o psicológica, sino la voluntad jurídica o el querer objetivo previsto por el Derecho objetivo en el momento de la constitución de la relación).

El deudor no tiene un derecho contra el acreedor, por lo tanto, él no está obligado a aceptar la prestación. El derecho del deudor a la liberación del débito es más que todo un derecho potestativo judicial y en correlación con tal derecho el acreedor tiene una posición de sujeción⁴⁸.

⁴⁷ Una de las leyes de subalternación deóntica nos dice que lo que es obligatorio es permitido. ECHAVE, URQUIJO y GUIBOURG, ob. cit., ps. 125 y ss.

⁴⁸ BIANCA, ob. cit., ps. 410/11.

Si el deudor tiene derecho a ver aceptada la prestación, una vez que ésta sea cumplida, existiría obligación de aceptarla, por parte del acreedor, al que la prestación ha sido ofrecida.

Según Betti la cuestión no ha sido planteada correctamente. Si bien es indudable que con el cumplimiento exacto de la obligación el deudor tiene un interés protegido, esto es, un derecho a ser liberado del vínculo asumido. ¿Cuál sería la posición pasiva del acreedor?

No se puede hablar de obligación sino más bien de sujeción por parte del acreedor,

La prestación está hecha en el interés, en la ventaja del acreedor y a nadie se le puede imponer un beneficio como se puede imponer una carga, una obligación (*invito ei beneficium non datur*).

La ley se sujeta a las valoraciones que hace cada individuo, es decir, la ley no define un interés objetivo, común a todos, sino el interés correlativo a cada fin personal. De esta manera, la situación jurídica del acreedor se configura como un derecho de éste hacia el deudor en cuanto tenga personalmente interés en el mismo, esto significa que el acreedor puede renunciar pues la obligación del deudor subsiste sólo en tanto en cuanto el acreedor la quiera; en la lógica formal de las normas, para el deudor se configuraría una posibilidad normativa de sentido único o unilateral, y para el acreedor, de sentido doble o bilateral⁴⁹.

Así como el acreedor no puede ser obligado a recibir la prestación, el deudor no puede ser obligado a dejar de efectuar la prestación. El acreedor puede abandonar o rehusar la recepción de la cosa o del hecho objeto de la obligación pero no puede imponerle la renuncia al deudor, que conserva su derecho de pagar, no como una imposición que debe sufrir el acreedor sino como una conducta que como obligatoria es, a su vez, “permitida” por ley.

de colaborar con el cumplimiento de la prestación. Betti prefiere hablar de carga y no de obligación, carga, cuya inobservancia se traduce en un perjuicio. Para Falzea no habría carga pues existiría una incompatibilidad entre esta carga y el derecho a la prestación. BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, trad. de José Luis de los Mozos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, t. I, ps. 65/69. Sobre el derecho del deudor al cumplimiento, según Barassi, éste como tal no existe; semejante afirmación resulta insensata, repugna ante todo a la conciencia del profano el decir que el acreedor está vinculado a la prestación en la misma medida que el deudor. BARASSI, Ludovico, *La teoria generale delle obbligazioni*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1963, ps. 30/31.

⁴⁹ La lógica formal de las normas, también llamada lógica deóntica o normativa es un sistema teórico que permite ejercer un control formal sobre el discurso normativo, equivalente al que tenemos sobre los cálculos mediante la aritmética o sobre el discurso en general a través de la lógica proposicional. Existen dos especies de posibilidad normativa (deóntica): la primera está implicada por la obligación, la segunda se le opone. Llamamos a la primera posibilidad normativa “posibilidad de sentido único” o “unilateral” y a la segunda “posibilidad de sentido doble” o “bilateral”. KALINOWSKI, ob. cit., p. 114.

Coviello ensaya una explicación diciendo que “si alguna vez se encuentra que la misma persona que tiene derecho de ejecutar un hecho determinado, tiene también el deber de hacerlo, esto sucede porque el ejercicio del derecho no sólo es en interés propio, sino también en interés de otro, quien tiene por lo mismo un derecho al cual corresponde el deber del que tiene el poder de obrar: pero no es que el derecho y el deber se encuentren en la misma persona, es que en ésta se encuentra un derecho más un deber que a él va vinculado”⁵⁰.

Nosotros creemos que es exacto hablar de un derecho del deudor a la liberación, pero sin que esto signifique que el objeto de tal derecho sea el mismo objeto de la obligación a cumplir, porque sino se iría contra toda lógica al rechazar el principio de la heterogeneidad antitética del derecho frente al deber. El derecho del deudor a la *solutio* no significa que haya una obligación correspondiente del acreedor a recibir la prestación⁵¹.

Con relación al perdón de la deuda, la mayor parte de la doctrina francesa, italiana y aun alemana consideran que, para la plena eficacia del perdón de la deuda, se requeriría el consentimiento o aceptación del deudor; se argumenta que la renuncia del derecho real, que puede hacerse unilateralmente, se diferencia, precisamente, de la del derecho creditorio porque ésta requiere la aceptación del deudor⁵².

⁵⁰ COVIELLO, N., *Doctrina general del Derecho Civil*, 4ª ed., trad. de Felipe de J. Tena, Unión Tipográfica Editora Hispano América, México, 1938, p. 25. Lino Rodríguez Arias y Bustamante ensaya un intento de explicación que hace pie en el carácter liberal de la regulación del derecho real y el derecho de crédito y que justificaría la atribución a los titulares de tales derechos una importancia decisiva. *Derecho de Obligaciones*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 7.

⁵¹ FALZEA, ob. cit., p. 58, cita y critica a Colagrosso, según el cual existe un derecho a la liberación en la esfera jurídica del deudor siendo el deber del acreedor un deber negativo de abstenerse de cuanto pueda turbar la actuación de los institutos puestos por el ordenamiento jurídico a disposición de la propia liberación. Junto a Colagrosso también Colin y Capitan, Gangi, Messineo, Giorgi hablan de un derecho del deudor.

⁵² DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...* cit., t. II, p. 561; TERRE, Francois; SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Ives, *Droit Civil. Les obligations*, 5ª ed., Dalloz, Paris, 1993, ps. 1020 a 1027.

El crédito no existe más que en interés del acreedor, es él quien puede renunciar sin haber recibido la prestación a la que tenía derecho. Pero a diferencia del derecho

Según Betti, no es una cuestión de intención de favorecer, sino que si el objeto de la renuncia es un derecho con sujeto pasivo determinado, la aceptación de éste es necesaria puesto que se trata de modificar una relación jurídica en la que interviene, como sería el caso del perdón de la deuda que requeriría consentimiento del deudor. Si el objeto de la renuncia es con un sujeto pasivo indeterminado (p. ej.: un derecho sobre cosa ajena), entonces no se requiere cooperación o consentimiento del sujeto pasivo de la relación⁵³.

Para otra corriente de opinión, la remisión de la deuda importa una liberalidad que el acreedor hace al deudor. Es una liberalidad o donación indirecta, por lo tanto, exige, además de la voluntad del acreedor, la adhesión del deudor que juega el rol de donatario y que, a la vez, importa la renuncia al derecho de cumplir por parte de él y de exigir por parte del acreedor, y en ambos casos, como tales, deben ser aceptadas⁵⁴.

La remisión tendría una estructura unilateral en cuanto se perfecciona con la sola voluntad del acreedor. El consenso del deudor no sería necesario porque el perdón de la deuda tiene un efecto favorable respecto de él. El eventual interés contrario del obligado, es decir, el interés a no recibir un beneficio del acreedor, tiene su importancia en

real que es susceptible de ser perdido por un abandono unilateral de parte de su titular, el derecho de crédito no puede ser más que por una convención entre el acreedor y deudor. Es una donación indirecta, por tanto requiere de la aceptación del deudor. CARBONNIER, Jean, *Droit Civil, Les Obligations*, 20ª ed., PUF, Paris, 1956, tome 4, p. 569.

En la doctrina argentina, pareciera que la mayoría (Galli, Cazeaux-Trigo Represas, Colmo, Lafaille, Borda) se encolumna en la tesis unilateral. LÓPEZ CABANA, Roberto A., *Código Civil y leyes complementarias*, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, Eduardo A. (coord.), Astrea, Buenos Aires, 1981, t. III, p. 755.

⁵³ BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª ed., trad. de A. Martín Pérez, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 215.

⁵⁴ No se es donatario a pesar suyo, no se está obligado a aceptar la dependencia de un beneficio; el deudor tiene siempre el derecho de liberarse y para garantizar ese derecho tiene el procedimiento del pago por consignación. En otros términos, la remisión entre vivos no es un acto unilateral, emanado del acreedor sólo. Ella es una convención, una convención liberatoria, una “descarga convencional”. BEUDANT, Charles, *Cours de Droit Civil français*, Rousseau, Paris, 1906, ps. 524/25; LLAMBÍAS, ob. cit., t. III, N° 1796, p. 61.

cuanto el deudor puede rehusar la remisión convirtiéndola en ineficaz, pero se trata de una importancia secundaria que no llega al punto de exigir el acuerdo del deudor o un acto de voluntad con valor constitutivo.

La tesis de acto bilateral, para Bianca, es criticable porque la posibilidad de rehusar el perdón, por parte del deudor, concierne a un momento externo y ulterior respecto del acto de remisión, que es un acto del acreedor, que extingue el crédito cuando se le comunica al deudor⁵⁵.

Si bien la sola declaración del acreedor sería operativa para considerar extinguido su crédito, al mismo tiempo, para que dicho acto cumpla el fin propuesto, es necesaria la aceptación del deudor para perfeccionar la liberalidad⁵⁶.

Creemos que si el deudor no acepta, esta circunstancia no se traduce en un derecho a imponer el pago al acreedor, sino que podrá pagar por consignación y si la prestación efectuada no se recibe, quedará como una cosa o un valor abandonado. Así, quedarían satisfechas las miras de ambos: uno desprendiéndose de un derecho y el otro cumpliendo la prestación debida: no hay propiamente un deber de parte del acreedor como tampoco habría un derecho por parte del deudor⁵⁷.

⁵⁵ BIANCA, ob. cit., ps. 463/66. Pizarro y Vallespino adoptan la tesis unilateral con crítica detallada a la tesis bilateral (ob. cit., t. 3, ps. 565/67).

⁵⁶ LÓPEZ CABANA, ob. cit., t. III, p. 754.

⁵⁷ Esta afirmación se complementa con y desde otra posición: "el pago sólo es obra del deudor, siendo incomputable la voluntad del acreedor precisado a plegarse y conformarse a la iniciativa de aquél". CASIELLO, Juan José, *El pago. Concepto y esencia jurídica*, en Derecho Privado (Libro homenaje a Alberto J. Bueres), Hammurabi, Buenos Aires, 2001, con cita de LLAMBÍAS, ob. cit., t. II, N° 1394.

FIDEICOMISO FINANCIERO

por MIGUEL A. ARAYA*

Al profesor LUIS ANDORNO, maestro y amigo

SUMARIO: I. El fideicomiso financiero en la ley 24.441. II. Partes y contenido del fideicomiso financiero. III. Valores fiduciarios. IV. Separación patrimonial. V. Régimen especial de cesión de créditos. VI. Conclusión.

I. El fideicomiso financiero en la ley 24.441

La Ley de Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción que lleva el N° 24.441 incorpora a nuestro régimen legal el fideicomiso como una figura compleja que combina un negocio real de transmisión de un bien en propiedad fiduciaria (arts. 11 y 2662, Cód. Civ., reformado por la ley 24.441) con un negocio obligacional, que impone al fiduciario el solo ejercicio de esa propiedad fiduciaria con el objetivo de cumplir la finalidad impuesta por el fiduciante (arts. 1° y 4°, inc. e, 6° y 7°) por un tiempo limitado (art. 4°, inc. c) y con el deber de transmitirlo al fiduciante, beneficiario o fideicomisario (arts. 1° y 4°, inc. d)¹.

A partir de su artículo 19 y hasta el 24, regula una clase especial de fideicomiso: el financiero. Esas normas específicas ya inicialmente

* Profesor Titular Ordinario de Derecho Comercial I, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

¹ Sobre el fideicomiso en general, ver, entre otros, BATIZA, Rodolfo, *El fideicomiso. Teoría y práctica*; VILLAGORDOA LOZANO, José M., *Doctrina general del fideicomiso*; KIPER y LISOPRAWSKY, *Tratado de fideicomiso*; GIRALDI, Pedro, *Fideicomiso*.

disponen la expresa aplicación de las reglas del fideicomiso ordinario (arts. 1º a 18) y se completan con el régimen propio de cesión de créditos, que modificando el Código Civil, se introduce en los artículos 70, 71 y 72.

La ley, además, asigna a la Comisión Nacional de Valores el carácter de autoridad de aplicación de los fideicomisos financieros, con facultades para dictar normas reglamentarias, por lo que cabe integrar la regulación de los mismos, con las resoluciones generales de la citada Comisión, en especial, hoy, el Libro 3, *Fideicomiso*, Capítulo XV, *Normas CNV* (NT 2001).

La ley caracteriza al fideicomiso financiero como aquel en que los beneficiarios son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda, garantizados con los bienes así transmitidos (art. 19).

En tal caso se impone la calidad profesional del fiduciario (art. 19) y por su posible vinculación con el mercado de capitales, lo sujeta a la autoridad de aplicación de la Comisión Nacional de Valores².

La Comisión Nacional de Valores, por su parte, lo define así: “Habrà contrato de fideicomiso financiero, cuando una o más personas (fiduciante) transmitan la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otros (fiduciario), quien deberá ejercerla en beneficio de los titulares de certificados de participación en la propiedad de los bienes transmitidos o de titulares de valores representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos (beneficiarios) y transmitirlos al fiduciante, a los beneficiarios o a terceros (fideicomisarios), al cumplimiento de los plazos o condiciones previstos en el contrato” (art. 2º, Libro 3, CNV, NT 2001).

La nota esencial, repito, es la incorporación de los derechos de los beneficiarios a certificados de participación o títulos de deuda; como consecuencia de ello, se impone un fiduciario profesional y, atento a que el objetivo de la emisión es, normalmente, la oferta pública, se

² Coincido con Mario Kenny, quien afirma que la nota caracterizante del fideicomiso financiero es la incorporación de los derechos de los beneficiarios a un valor negociable, siendo las restantes notas, consecuencia de ello (*Titulización y fideicomiso financiero*, p. 35, nota 27).

atribuye a la Comisión Nacional de Valores la función de autoridad de contralor. Por lo demás, se distingue del fideicomiso ordinario, ya que sólo puede nacer de un contrato³.

La incorporación de esta especie de fideicomiso en la ley argentina responde a un propósito muy claro: difundir la titulización o securitización de activos⁴.

Como primera aproximación a este tema, puede decirse que la titulización consiste en la transformación de activos ilíquidos, en valores negociables, a colocar entre el público en general. Se reúnen un conjunto de activos (reales o financieros) reagrupándolos para que sirvan de respaldo a la emisión de títulos representativos de deudas o certificados de participación, que serán colocados entre inversores, a través del mercado de capitales⁵.

Alegria la ha definido afirmando que se trata de “un proceso de carácter financiero mediante el cual el titular de bienes (llamado a este efecto originante) los transmite a un vehículo con el fin de que éste emita sobre la base de ellos, valores negociables susceptibles de ser colocados y/o negociados mediante oferta pública”⁶.

Este proceso requiere, en general, de algunos elementos básicos:

- 1) Transmisión por el originante de un conjunto de activos (reales o financieros).
- 2) Esa transmisión se opera a través de una persona jurídica que es llamada “vehículo” (sociedad de objeto específico, fondo común de inversión, fideicomiso financiero).
- 3) El “vehículo” emite valores negociables, que coloca entre los inversores, y los fondos así obtenidos se transfieren al originante, previa deducción de los costos.
- 4) El patrimonio separado de titularidad del “vehículo” es, usualmente, el único respaldo que garantiza el pago de los valores mobiliarios.

³ KIPER y LISOPRAWISKY, *Teoría y práctica del fideicomiso*, p. 55.

⁴ KIPER y LISOPRAWISKY, *Teoría y práctica del fideicomiso* cit., p. 61; PAOLANTONIO, Martín, *Operaciones financieras internacionales*, p. 331.

⁵ KENNY, *Titulización y fideicomiso financiero* cit., p. 3.

⁶ ALEGRIA, Héctor, *Securitización*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2005-3, *Contratos bancarios*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 301.

- 5) El precio de colocación depende del riesgo que el inversor les asigne a los activos subyacentes, con independencia de la responsabilidad patrimonial del originante⁷.

La titulización constituye una herramienta básica para obtener financiamiento en el mercado de capitales, a un costo menor que las alternativas tradicionales, tanto las propias del mercado (obligaciones negociables) como en el sistema bancario.

El motivo de este menor costo obedece a la separación de riesgos, que se opera por la separación patrimonial; por lo tanto el inversor sólo analiza el riesgo del patrimonio específico transferido al “vehículo”, siendo indiferente para él, la responsabilidad patrimonial del fiduciante que ha dispuesto la separación⁸.

Además de esa ventaja, adicionalmente, la titulización implica una fuente de financiamiento fuera del balance. Atento a que el fiduciante utiliza para financiarse activos que transfiere a un “vehículo”, el pasivo que se genera por la colocación de esos valores mobiliarios no se registra en el balance⁹.

La afectación especial de los activos (reales o financieros) que respaldan el pago de los valores mobiliarios constituye el núcleo esencial de la titulización, en la medida en que ese patrimonio se independiza, tanto del patrimonio universal del originante como del “vehículo” que lleva a cabo la titulización¹⁰.

La legislación argentina, hoy, admite tres tipos de vehículos para ejecutar un proceso de titulización:

- a) *Sociedad de objeto específico*: una de las variantes es la constitución de una sociedad anónima, al solo efecto de desarrollar un negocio de titulización. La separación patrimonial opera aquí con la creación de una persona jurídica, pero presenta el riesgo

⁷ KENNY, *Titulización y fideicomiso financiero* cit., p. 7.

⁸ A diferencia de este instituto, en la emisión de las obligaciones negociables, se analiza como riesgo la responsabilidad patrimonial del emisor.

⁹ KENNY, *Titulización y fideicomiso financiero* cit., p. 9.

¹⁰ Sobre la experiencia extranjera, ver entre otros, NORTON, Joseph J., *Securitización de activos: la experiencia estadounidense*, en *Derecho Bancario y financiero moderno*, p. 503.

de que no es posible limitar totalmente, frente a terceros, la asunción de pasivos extraños al negocio.

- b) *Fondos comunes cerrados de inversión*: regulados por la ley 24.083, el fondo común de inversión es un patrimonio que pertenece a los inversores, denominados cuotapartistas. Se constituye a partir de la celebración de un contrato entre la sociedad gerente, que administra el fondo, y la sociedad depositaria, que custodia las inversiones¹¹.

Los fondos comunes de inversión cerrados pueden ser utilizados como vehículos para la titulización, como lo imaginó, inclusive antes de las reformas introducidas a tal régimen en la ley 24.441, la Comisión Nacional de Valores, a través de la resolución general 237.

- c) *Fideicomiso financiero*: finalmente, el fideicomiso financiero, en el que el fiduciario opere como “vehículo” y con el objetivo de realizar el proceso de emisión de los valores negociables, alternativa ésta que se ha convertido abrumadoramente mayoritaria en el mercado de capitales argentinos¹².

El desarrollo de esta fuente de financiamiento, obtenido a través de la colocación de valores negociables entre inversores, sobre todo a partir de la salida de la crisis del año 2001, ha sido excepcional. En el año 2006, las emisiones colocadas en el mercado de capitales superaron los \$ 7000 millones, siendo por mucho la alternativa más significativa en la generación de fondos para la empresa privada en el mercado de capitales¹³.

Como ya ha sido anticipado, el originante de la titulización asume el rol de fiduciante en el fideicomiso financiero. Transmite el patrimonio (activos reales o financieros) que se afecta como garantía a la titularidad del fiduciario, que en este caso debe ser profesional. Éste emite los valores negociables¹⁴ a colocar en el mercado de capitales y obtenidos los fondos, previo descuento de los costos, transfiere el

¹¹ Un mayor desarrollo de esta institución, puede consultarse en PAOLANTONIO, Martín, *Fondos comunes de inversión*; ARAYA, Miguel, *Fondos comunes de inversión*; ROUILLÓN, Adolfo A. N. (dir.), *Código de Comercio comentado*, t. 5.

¹² KENNY, ob. cit., p. 5.

¹³ Gainvest, Informe del año 2006. Puede consultarse en www.gainvest.net.

¹⁴ Para la ley argentina, puede ser también un tercero el emisor (art. 21).

producido al fiduciante. El pago de los valores negociables, como se ha dicho, está sustentado en el patrimonio transferido en dominio fiduciario¹⁵.

II. Partes y contenido del fideicomiso financiero

El fideicomiso financiero sólo puede nacer de un contrato, a diferencia del fideicomiso ordinario, que puede tener como fuente también un testamento (art. 3º).

El contrato se celebra entre el fiduciante, que es el originante del negocio, y el fiduciario, que opera como “vehículo” para la titulización¹⁶.

Después de la sanción de la ley 24.441, la Comisión Nacional de Valores dictó la resolución 271/1995 que tuvo como finalidad reglamentar esta especie de fideicomiso. Allí se introdujo la posibilidad de constituir un fideicomiso por acto unilateral del fiduciante para el ámbito de la oferta pública¹⁷.

Esta decisión reglamentaria, aunque limitada a los fideicomisos financieros (y con oferta pública), generó un significativo debate acerca de la posibilidad, en nuestra legislación, de admitir un fideicomiso constituido por acto unilateral¹⁸.

¹⁵ Como se verá más abajo, el proceso de titulización, sobre todo con oferta pública, es más complejo. Aquí se lo ha simplificado para destacar lo esencial en el análisis jurídico.

¹⁶ Repito que puede haber fideicomiso financiero sin que haya titulización, pero la verdadera importancia de este instrumento se revela en su utilización como fuente del financiamiento en el mercado de capitales, a través de la titulización de activos.

¹⁷ El texto, hoy derogado, decía: *Constitución por acto unilateral*. Podrá constituirse fideicomiso financiero por acto unilateral, cuando se solicite autorización para la oferta pública de los certificados de participación en el dominio de los bienes transmitidos o de los títulos valores representativos de deuda garantizados con los bienes fideicomitidos”. En los considerandos de tal resolución, se insistía en que la ley 24.441 no prohibía la constitución por acto unilateral, por lo que la CNV estaba facultada para reglamentar los fideicomisos financieros nacidos de esa forma.

¹⁸ Fue pionero en el cuestionamiento de esa posibilidad, Silvio Lisoprawsky, a partir de su artículo *La invalidez del fideicomiso unilateral (financiero o común) y la autoafectación de bienes en fideicomiso*, en L. L. 1998-D-1364, postura luego reiterada en *La invalidez del fideicomiso unilateral (financiero o común) y la autoafectación de bienes en fideicomiso*, en *Teoría y práctica del Fideicomiso*, ahora en colaboración con Claudio Kiper, p. 53.

Los fundamentos invocados por la CNV eran objetables doblemente:

- A) El modelo adoptado por el Derecho argentino, sin dudas, es el llamado fideicomiso latinoamericano¹⁹ que incorpora como fuente de creación la figura del contrato (con el caso excepcional del testamento), por lo que la ley exige la participación en ese acto de dos partes: fiduciante y fiduciario.
- B) No hay transmisión de propiedad fiduciaria y en consecuencia no hay separación patrimonial en la creación del fideicomiso por la vía unilateral. El fideicomiso, como ha sido concebido en la ley argentina, exige la separación patrimonial inequívoca²⁰.

Pese a ello, al amparo de esa reglamentación se constituyeron en Argentina fideicomisos financieros con oferta pública de valores mobiliarios, autorizados por la Comisión. Mientras esas emisiones tuvieron activos subyacentes no registrables, el tema no generó conflictividad.

Sin embargo, cuando por las características de los bienes autoafectados se requirió la intervención del Registro de Propiedad Inmuebles de la Capital Federal (se trataba de cesiones de créditos hipotecarios), la postura de la Comisión se derrumbó, ya que dicho Registro, en fecha 26 de febrero de 1997, con toda razón se negó a inscribir la autoafectación de los bienes en fideicomiso financiero, recordando simplemente que la CNV no tenía facultades para ir más allá de la ley²¹.

La cuestión ha sido hoy zanjada, ya que la propia Comisión ha derogado la citada resolución, mediante la RG 290/1997, que prohíbe ahora esa forma de creación, estableciendo, sin embargo, un plazo hasta el 1º de julio de 1998, para liquidar a los vigentes en esa instancia²².

¹⁹ KIPER y LISOPRAWISKY, ob. cit., p. 170. Sobre la problemática del *trust* en Europa, puede consultarse con provecho a MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia, *El instituto del "trust" en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del "Civil Law"*.

²⁰ KIPER y LISOPRAWISKY, *Teoría y práctica del fideicomiso* cit., ps. 57 y ss.

²¹ Ver estos antecedentes en KIPER y LISOPRAWISKY, *Teoría y práctica del fideicomiso* cit., p. 66.

²² Es de destacar que la abrumadora mayoría de la doctrina nacional no admite la validez de esta forma de constitución. Por lo demás, cabe agregar que en juicio de Kiper y Lisoprawsky, el cuestionamiento a la reglamentación de la CNV, aun en su nueva redacción, tiene valor hoy (ver *Teoría y práctica del fideicomiso* cit., p. 67).

En consecuencia, queda claro que el fideicomiso financiero tiene como fuente de creación, un contrato entre fiduciante y fiduciario.

Para esta especie de fideicomiso, la ley argentina impone un *fiduciario*²³ profesional, sea o no la finalidad de su creación la titulización de activos y tenga por objeto o no, la colocación de sus valores mobiliarios en oferta pública (art. 19).

Conforme a la ley de fideicomiso, por lo tanto, cabe hacer, en relación con la persona del fiduciario, una triple distinción.

A) En el fideicomiso común, cualquier persona física o jurídica puede actuar como fiduciario (art. 5°).

B) En el fideicomiso financiero, el fiduciario debe ser una entidad financiera (ley 21.526) o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores (art. 5°). En el caso de entidades financieras, cabe incluir en esa categoría a los bancos comerciales, bancos de inversión y las compañías financieras (arts. 21, 22 y 24, ley 21.526).

Con respecto a las sociedades, la Comisión Nacional de Valores exige su constitución bajo la forma de anónimas; que su objeto social contemple la actividad de fiduciario; que tenga una organización adecuada para la prestación de tales servicios y que acredite un patrimonio neto superior a \$ 3.000.000. Se inscriben en el “Registro de Fiduciarios Financieros” (art. 6°, b, Cap. XV, NT 2001).

C) Existe una tercera categoría: el fiduciario que ofrezca al público sus servicios como tal, cualquiera sea el fideicomiso involucrado. Sólo podrá serlo una entidad financiera autorizada a actuar como tal (arts. 21, 22, 24, ley 21.526) o una persona jurídica que autorice la Comisión Nacional de Valores. A estos efectos se requiere, además de las exigencias antes apuntadas para el fideicomiso financiero, un patrimonio neto mínimo de \$ 500.000 que debe incrementarse en \$ 25.000 por

²³ El fiduciario es el eje central de todo fideicomiso. Al respecto ver ANDORNO, Luis O., *La propiedad fiduciaria*, en R. D. C. O., Año 38, 2005-A, p. 249; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., *Las obligaciones del fiduciario*, en L. L. 2005-C-1287; URRETS ZAVALÍA, Pedro, *Responsabilidad civil del fiduciario*; FUNES, Saturnino, *El fiduciario en la ley 24.441*.

cada fideicomiso adicional al primero. Se inscriben en el “Registro de Fiduciarios ordinarios” (art. 6º, a, Cap. XV, NT 2001)²⁴.

Repito que el contrato de fideicomiso financiero impone inexcusablemente a un fiduciario profesional con las características enunciadas en el punto B). Sin embargo la figura del fideicomiso financiero no necesariamente debe ser una sola persona, sino que pueden existir fideicomisos financieros en los que actúen varios fiduciarios en forma conjunta.

Es más, puede establecerse una relación de jerarquía entre fiduciarios operando uno como principal, que emita los valores mobiliarios, y el otro como complementario, al que se denomina “cofiduciario”²⁵.

Va de suyo que el contrato puede admitir la designación de uno o más fiduciarios sustitutos (art. 10) que reemplazan al fiduciario, de darse algunos de los supuestos previstos en el artículo 9º (remoción, renuncia, quiebra, etc.).

Un tema muy delicado respecto a la persona del fiduciario es la delegación de funciones.

La delegación nunca puede ser total, ya que ello significaría violar las disposiciones contractuales que asignan al fiduciario el conjunto de obligaciones para cumplir la finalidad del fideicomiso financiero y correlativamente imponen responsabilidades ante su incumplimiento.

Pero normalmente los fiduciarios financieros, es especial en aquellos casos en que se exige la oferta pública de sus valores (art. 16, ley 17.811), son complejos y es prácticamente imposible que el fiduciario cumpla en forma personal con todas las gestiones a su cargo, por más que cuente con una organización adecuada para la prestación de servicios que la CNV le impone.

Se impone, por lo tanto, la delegación de algunas funciones que en modo alguno, liberan al fiduciario financiero de su responsabilidad, imperativamente impuesta por la ley y normalmente detalladas en el contrato respectivo (arts. 4º, inc e, 6º, 7º y 9º, LF).

²⁴ La atribución de facultades realizada por la CNV, a este respecto, ha sido criticada por parte de la doctrina (KIPER y LISOPRAWISKY, *Teoría y práctica del fideicomiso* cit., p. 75).

²⁵ KENNY, *Titulización y fideicomiso financiero* cit., p. 60.

La Comisión Nacional de Valores admite expresamente la delegación de las funciones de administrador de los bienes en fiducia, que le cabe al fiduciario, imponiendo la determinación del alcance de la responsabilidad del delegante. Agrega el texto que se comentó que “el contrato no podrá eximir la responsabilidad del fiduciario ante terceros, por el incumplimiento de las obligaciones legales, sin perjuicio de los derechos que pudiese tener” (art. 25, Cap. XV, NT 2001).

Como ya se vio, no puede coincidir la figura del fiduciante con la del fiduciario, al prohibirse ahora la constitución por acto unilateral. Pero la Comisión fue más allá: en uso de sus facultades reglamentarias, prohíbe la constitución de un fideicomiso financiero, cuando entre fiduciante y fiduciario existe una cierta vinculación jurídica.

Así el fiduciario no podrá ser una sociedad vinculada al fiduciante ni se admite que posea más del 10% del capital del fiduciante, ni podrá el fiduciante y fiduciario tener accionistas comunes que posean en conjunto el 10% o más del capital del fiduciario o fiduciante o de las entidades controlantes de ambas (art. 8º, Cap. XV, NT 2001).

El *fiduciante* en el fideicomiso financiero es una persona que busca financiamiento a través del mercado de capitales. En tal sentido, cumple el rol de originante en esta operación y su función esencial consiste en transferir los bienes objeto del contrato (activos reales o financieros), en propiedad fiduciaria, al fiduciario.

Como contraprestación de esa transferencia, recibe el valor de la colocación de los certificados de participación y títulos de deuda fiduciaria, previo descuento de los costos²⁶.

El fiduciante, sin embargo, ni en el fideicomiso ordinario, ni en el financiero agota sus derechos con la transferencia de los bienes fideicomitados. Hay que recordar, inicialmente, que la ley 24.441 lo faculta, por lo pronto, a reclamar por vía judicial la remoción del fiduciario por incumplimiento de sus funciones (art. 9º, inc. a). Además, si ese reclamo lo formulara el beneficiario, se impone la citación al fiduciante (art. 9º, inc b).

²⁶ En la práctica, los fideicomisos financieros se integran con un contrato de underwriting, en virtud del cual se anticipan los fondos, que serán luego obtenidos por la colocación en el mercado de los valores mobiliarios.

Se halla legitimado, también, para ejercer cualquier acción en sustitución del fiduciario, cuando éste no lo hiciera sin motivos suficientes (art. 18).

Se puede imponer en el contrato su necesario consentimiento, como exigencia previa a la disposición o gravamen de los bienes fideicomitidos (art. 17)²⁷. Si bien la ley no lo impone como imperativo, nada impide que en el contrato se establezca la obligatoriedad a favor del fiduciante, de una rendición de cuentas periódica, además de la consagrada a favor del beneficiario (art. 7°).

Finalmente, al tratar la extinción del fideicomiso en general, el artículo 25 dispone que el mismo se extinguirá por revocación del fiduciante, si se hubiera reservado expresamente esa facultad. Así es usual que el fiduciante se reserve la facultad de avanzar en el proceso o no para el caso de insuficiencia de la colocación. Por lo común, sobre todo en los fideicomisos de créditos, el fiduciante queda facultado para actuar como agente de cobro de los activos. También podrá reservarse, el fiduciante, alguna participación en relación con decisiones de trascendencia a adoptar, durante la vida del fideicomiso financiero, además de la opinión de los beneficiarios (por ej., arts. 23 y 24)²⁸.

El *beneficiario*, finalmente, es la persona física o jurídica a favor de la cual se constituye un fideicomiso. No es parte en el contrato, sino que a su respecto el contrato de fideicomiso es una estipulación a favor de terceros (art. 504, Cód. Civ.)²⁹.

En el régimen argentino, el fideicomiso financiero es aquel cuyos beneficiarios son titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda, garantizados con los bienes transmitidos.

Como consecuencia de ello, ya se ha dicho, se impone un fiduciario profesional y se establece a la Comisión Nacional de Valores como autoridad de aplicación (art. 19).

²⁷ Sobre este tema, que ha generado un rico debate doctrinario, puede verse, entre otros, KIPER y LISOPRAWISKY, *Teoría y práctica del fideicomiso* cit., ps. 131 y ss.

²⁸ Sobre este punto puede verse KENNY, *Titulización y fideicomiso financiero* cit., p. 64.

²⁹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria*, p. 21.

Aunque no es parte en el contrato, la existencia del beneficiario es esencial en el fideicomiso financiero, ya que no es concebible, en la práctica, un fideicomiso de esta especie, donde el fiduciante sea el único beneficiario.

La ley, en general, le asigna al beneficiario la facultad de solicitar la remoción judicial del fiduciario (art. 9º); es el destinatario natural de la rendición de cuentas que deberá realizar el fiduciario, al menos con una periodicidad no mayor a un año (art. 7º); está autorizado para ejercer acciones en sustitución del fiduciario cuando éste no lo hiciere sin motivo suficiente (art. 18); sus derechos son transmisibles por causa de muerte o por acto entre vivos, salvo disposición expresa en el contrato (art. 2º)³⁰.

Ante la insuficiencia del patrimonio fideicomitado, la ley admite que el contrato establezca que el beneficiario y también el fiduciante puedan proveer fondos de su propio patrimonio para evitar la liquidación (art. 17).

En el fideicomiso financiero, a este respecto, su protagonismo es mayor, ya que ciertos beneficiarios (los tenedores de los títulos de deuda, no así los de certificados de participación), en asamblea deben resolver las normas de administración y liquidación del patrimonio insuficiente (art. 23), en base a las pautas y con las mayorías que la ley impone. (art. 24)³¹.

En el fideicomiso financiero, los beneficiarios, tanto los tenedores de títulos de deuda como de certificados de participación, son personas que aspiran a recibir una renta fija o una utilidad de su inversión, generada a partir de la gestión del fiduciario en los bienes fideicomitados, tanto en el caso de que los títulos gocen o no de oferta pública.

En virtud de ello, los beneficiarios no están individualizados en el

³⁰ Hay que recordar que en el *trust* anglosajón, al beneficiario se le reconoce inclusive un derecho de propiedad, fundado en la “equidad” (BATIZA, Rodolfo, *El fideicomiso. Teoría y práctica*, ps. 27 y ss.).

³¹ En la práctica, se pactan a favor de la asamblea de beneficiarios atribuciones que van más allá del solo supuesto de insuficiencia patrimonial. En mi juicio es válida, además, una regla contractual que incluya como participantes en esa asamblea a la totalidad de los beneficiarios, incluyendo también a quienes hayan suscripto certificados de participación. Al respecto, ver KENNY, *Titulización y fideicomiso financiero* cit., p. 129.

contrato de fideicomiso financiero, sino que ello sucede en el momento de la suscripción de los valores emitidos por el fiduciario. Tales títulos son títulos valores y podrán ser objeto de oferta pública (art. 19, 2º párrafo)³².

Dado el carácter circulatorio por esencia de estos valores fiduciarios, el carácter de beneficiario varía en función de su transmisibilidad, por lo que en esta clase de fideicomiso no interesan las calidades personales del beneficiario: será tal el titular de los valores mobiliarios.

Una cuestión muy debatida en nuestro Derecho es la posibilidad de que el fiduciario sea beneficiario, ya sea exclusivo o, lo que es más defendible, en forma compartida con otro beneficiario.

Ya se ha visto que, finalmente, la Comisión Nacional de Valores ha prohibido expresamente la posibilidad de constitución de un fideicomiso unilateral, o sea la posibilidad de que el fiduciante sea a su vez fiduciario. Cabe remarcar que la doctrina argentina era prácticamente unánime en avalar esa prohibición, que sólo fue admitida por un período limitado de tiempo por la CNV en el fideicomiso financiero.

Acá el tema es más complicado. La ley impone la designación del beneficiario en el contrato de fideicomiso, individualizado o individualizable (art. 1º). Dice que puede ser persona física o jurídica; puede ser más de uno; que pueden disponerse beneficiarios sustitutos para los casos de no aceptación, renuncia o muerte (art. 2º, 2º párrafo); que será el fideicomisario, si ninguno acepta o el fiduciante (art. 2º, 3º párrafo).

La decisión acerca de la legalidad de un fiduciario, que a la vez sea beneficiario, se plantea con vigor en el caso de fideicomiso en garantía, supuesto en el cual el beneficiario-acreedor reclama también el rol de fiduciario.

El tema reviste aún mayor importancia en aquellos casos en que se utiliza este instrumento, con la finalidad de garantizar préstamos bancarios³³.

³² Hoy, esta categoría de títulos valores ha sido subsumida en el mercado de capitales por una denominación que la comprende: valores negociables a partir de la sanción del decreto 677/01. VILLEGAS, Carlos y VILLEGAS, Marcelo, *Aspectos legales de las finanzas corporativas*, p. 34; ver también PAOLANTONIO, Martín, *Obligaciones negociables* cit., ps. 36 y ss.

³³ El proyecto de reforma integral al Código Civil, año 1998, admite como excep-

La doctrina argentina está dividida al respecto, aunque prevalece la postura de aquellos que sostienen que en nuestro régimen no pueden coincidir la persona del fiduciario con la del beneficiario³⁴.

En el fideicomiso financiero constituye una sin razón que el fiduciario sea a su vez beneficiario, o sea suscriptor de los valores mobiliarios, aunque sea para mantenerlos temporariamente en cartera, para luego venderlos.

Desde el análisis jurídico, además, esa situación configuraría un claro conflicto de intereses que la ley debe evitar, ya que el negocio fiduciario avanzará en nuestro país, en la medida en que su utilización sea la querida por la ley³⁵.

Así lo ha entendido la CNV que ha dispuesto, claramente, que no “podrán reunirse en único sujeto las condiciones de fiduciario y beneficiario” (art. 3º, apartado XV, NT 2001).

En los considerandos de tal resolución se destaca que el “fiduciario no puede ser designado beneficiario del fideicomiso, puesto que el conflicto de intereses que podría presentarse atentaría contra el ejercicio imparcial y objetivo de la función delicada del fiduciario” (RG 447/03).

En nuestro juicio ello implica que no puede ser designado beneficiario en el contrato el mismo fiduciario, sea único o plural, y que, en consecuencia, tampoco podrá adquirir para sí, ni con fondos propios ni con fideicomitidos, los valores fiduciarios emitidos, ni en el acto de suscripción ni con posterioridad a la suscripción por un tercero³⁶.

En cuanto a la vinculación fiduciante-beneficiario destaco lo siguiente: la finalidad esencial del negocio de titulización es la obtención

ción que para ese caso, fiduciario-entidad financiera, cabe hacer coincidir la figura del fiduciario con el beneficiario en el art. 1466.

³⁴ En contra de la superposición, HIGHTON, E.; MOSSET ITURRASPE, J.; PAOLANTONIO, M. y RIVERA, J., *Reformas del Derecho Privado. Ley 24.441*, p. 19 y HAYZUS, Jorge, *Fideicomiso*, ps. 100 y ss.; a favor CARREGAL, Mario, *Fideicomiso de garantía*, en *Derecho empresario actual*, Cuadernos de la Universidad Austral, N° 1, p. 239.

³⁵ Sobre el rol del fiduciario y la necesidad de mantener su absoluta independencia de los otros sujetos intervinientes, ver HAYZUS, *Fideicomiso* cit., p. 137.

³⁶ Antes del dictado de esta resolución, Mario Kenny se había expedido a favor de esta posibilidad, si bien en forma excepcional (ver *Titulización y fideicomiso financiero* cit., p. 67).

de fondos de terceros para el fiduciante. Por ello, no tiene sentido que sea el fiduciante a su vez beneficiario³⁷, ya que su pretensión es que se coloquen los valores negociables en el mercado, ya que ésa es la forma de obtener los fondos que necesita para su evolución.

Sin embargo, es de práctica que el fiduciario suscriba total o parcialmente los certificados de participación, en la medida en que éstos serán pagados con las utilidades que genere la gestión de los bienes fideicomitidos, y esa utilidad puede ser de interés para el fiduciante.

Los fideicomisos financieros se constituyen, ya se ha dicho, con la celebración de un contrato entre fiduciante y fiduciario, que debe incluir necesariamente la individualización del beneficiario o la determinación de los datos que permitan su individualización (art. 2º, 1º párrafo).

En el caso del fideicomiso financiero, esa individualización se define en el momento de la suscripción de los valores emitidos, existiendo en la práctica una pluralidad de beneficiarios, que son los inversores.

Pero además de esos sujetos (fiduciantes, fiduciario, beneficiarios), el fideicomiso financiero con finalidad de titulización impone la presencia de otros sujetos para asegurar el éxito de la operación³⁸:

Organizador: es la entidad que asesora al fiduciante en la estructura de la operación, aconsejando sobre las ventajas de esta clase de negocios en el mercado de capitales. Está identificado en el prospecto y por lo tanto responde ante los inversores por la difusión equívoca o errónea relativa a los valores negociables ofrecidos (decreto-ley 677/01, art. 9º).

Colocadores: son las entidades encargadas de la comercialización de los valores negociables en el mercado. Deberán ser entidades financieras, agentes o sociedades de bolsa o agentes del mercado abierto (ver normas de la CNV).

Agente de registro: es la entidad que lleva el registro de los titulares de los valores negociables. En la práctica, se asigna este rol a la Caja de Valores SA.

Agente de pago: los pagos a favor de los inversores pueden ser

³⁷ Con la excepción de fideicomiso de dinero, donde coinciden las personas de fiduciante y beneficiario (art. 4º, Cap. XV, NT 2001).

³⁸ KENNY, *Titulización y fideicomiso financiero* cit., p. 104.

realizados por el propio fiduciario o por un agente contratado al efecto, que reviste el carácter de agente de pago. Usualmente se designa a la Caja de Valores SA.

Calificadora de riesgos: es una entidad habilitada a tal efecto, que emite una opinión acerca de la capacidad de pago de los títulos de deuda o certificados de participación emitidos por el fideicomiso financiero.

Como es lógico, esa evaluación se refiere al patrimonio fideicomitado, que es el activo subyacente que generará los fondos para satisfacer a los inversores, sin que tenga relevancia preponderante la responsabilidad patrimonial del fiduciante ni del fiduciario.

El decreto 749/2000 establece que esa calificación es facultativa, aunque para la colocación de los títulos con oferta pública aparece altamente conveniente. Las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, por disposición de la Superintendencia respectiva, sólo pueden adquirir en el mercado valores negociables que cuenten con calificación de riesgos³⁹.

III. Valores fiduciarios

La ley 24.441 admite en sus normas la emisión en los fideicomisos financieros de dos clases de títulos:

- A) Certificados de participación que deben ser emitidos por el fiduciario.
- B) Títulos representativos de deuda que deben ser emitidos por el fiduciario o un tercero (arts. 21 y 22, ley 24.441).

Los primeros instrumentan un derecho de participación en el patrimonio fideicomitado. Por lo tanto, los inversores en estos títulos tienen derecho a la utilidades que la gestión fiduciaria obtenga, todo ello conforme a las pautas del contrato de fideicomiso que se ofrece a ellos, a través del respectivo prospecto.

En cambio, los títulos de deuda, que están garantizados también con el patrimonio fideicomitado, dan derecho a la devolución del ca-

³⁹ CAMERINI, Marcelo, *La calificación de riesgo. Alcances, límites y responsabilidades*.

pital más el pago de un interés, sin que esa retribución guarde relación con la utilidad del negocio.

La ley admite que estos últimos, a diferencia de los certificados de participación, pueden ser emitidos además del fiduciario, por un tercero⁴⁰.

Los certificados de participación y los títulos de deuda son títulos valores y podrán ser objeto de oferta pública (art. 19, LF). Sin embargo, como ya se ha dicho, esta expresión ha sido ampliada en el mercado de capitales por una más precisa y de mayor contenido que es “valores negociables” a partir de la reforma del decreto 677/2001, “Régimen de Transparencia de la Oferta Pública”.

Participan por su carácter de títulos valores de las notas de necesidad de poseer el título como condición del ejercicio del derecho cartular, de autonomía del derecho cartular, que es un derecho nuevo, no originario y finalmente de literalidad del derecho patrimonial incorporado a tal título⁴¹.

La ley 24.441, en cuanto a la ley de circulación, remite al régimen de obligaciones negociables consagrado en la ley 23.576 (con la reforma de la ley 23.962), disponiendo que podrán ser emitidos al portador o nominativos, endosables o no. Sin embargo, de acuerdo con el régimen vigente de nominatividad de títulos valores, dispuesto en la ley 24.587, sólo pueden ser emitidos en forma “nominativa no endosable”.

Pueden documentarse en láminas individuales o certificados globales (art. 21)⁴². Puede prescindirse, sin embargo, del cartular y emitirse como títulos escriturales o sea representados por anotaciones en cuenta. En este caso rige, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 4º, del decreto 677/2001, la regulación específica sobre ON escriturales (art. 31, ley 23.576 y modificaciones).

El desarrollo más completo del proceso de titulización, a través del

⁴⁰ El supuesto habitual es la emisión por el fiduciario. La excepción, o sea la emisión por un tercero, opera en los fideicomisos de garantía, cuando el fiduciante no es el deudor o tomador de los fondos y emisor. La CNV admite también la emisión por el fiduciante (ver KENNY, *Titulización y fideicomiso financiero* cit., p. 103).

⁴¹ Ver, entre otros, ARAYA, Celestino, *Títulos circulatorios*, p. 67.

⁴² La CNV dispone que los valores negociables cartulares deben contener las precisiones establecidas en el art. 12, Cap. XV, NT 2001.

fideicomiso financiero, se da en el caso de oferta pública de los valores fiduciarios, que de tal manera adquieren liquidez a través del mercado de capitales⁴³.

Como es sabido, el régimen de oferta pública está consagrado en el artículo 16 de la ley 17.811, luego modificado parcialmente por el decreto 677/2001.

La autorización de la oferta pública es de competencia de la CNV, organismo creado en Argentina, a partir de la sanción de la ley 17.811⁴⁴.

La Comisión ejerce un control de legalidad sobre las emisiones, que fundamentalmente refiere al control de la información que el oferente suministra al inversor.

Para obtener la oferta pública debe cumplirse con las exigencias de la CNV establecidas en el artículo 20, Capítulo XV, NT 2001. Fundamentalmente se requiere allí la copia del contrato de fideicomiso, que instrumenta la transmisión fiduciaria de los bienes fideicomitidos (art. 20, inc. d), y el modelo de los títulos a ser emitidos y contratos relacionados con su emisión (art. 20, inc. e).

Un punto esencial es el “prospecto de oferta pública”⁴⁵ que constituye otra de las exigencias de la CNV (art. 20, inc. c). Se trata de un documento que elabora el fiduciario y que en palabras de las normas (art. 1º, Cap. VIII, NT 2001) “constituye el documento básico a través del cual se realiza la oferta pública de valores negociables...” Complementando lo dicho, cabe señalar que el decreto 677/2001 contiene reglas también relativas al prospecto (ver art. 35).

Cabe tener presente, además, que la autorización de oferta pública impone al fiduciario el cumplimiento de un régimen informativo específico que luce en el artículo 27, Capítulo XV, NT 2001.

Obtenida la oferta pública, es de práctica la solicitud de cotización de los valores negociables en las Bolsas de Comercio del país, fun-

⁴³ Al respecto consultar a VILLEGAS, Marcelo y KENNY, Mario, *El fideicomiso financiero y los bancos*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2005-3, *Contratos bancarios*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 286.

⁴⁴ Ver sus antecedentes en CAMERINI, Marcelo, *Actualidad en el Mercado de Valores*, en R. D. C. O., N° 214, p. 669.

⁴⁵ Sobre el valor del prospecto en general, como medio de difusión de la información, ver GIOVENCO, Arturo, *El prospecto en la oferta pública*, Ad-Hoc.

damentalmente en Buenos Aires, que constituye largamente la más significativa. Tal institución no tiene disposiciones expresas sobre cotización de valores fiduciarios, sino que se aplican por analogía las disposiciones relativas a las obligaciones negociables.

Finalmente hay que señalar que la colocación de estos valores fiduciarios con oferta pública goza de exenciones fiscales relativas al impuesto a las ganancias, lo que hace aún más atractiva tal circunstancia (art. 83, inc. b, ley 24.441)⁴⁶.

Una subespecie de los fideicomisos financieros, lo constituyen los “Fondos de inversión directa”. Se caracteriza a los mismos, señalando que son aquellos constituidos para realizar actividades productivas o intercambio de bienes o servicios, en beneficio de los títulos de los valores fiduciarios⁴⁷.

Los activos subyacentes que garantizan el pago de los valores fiduciarios son activos reales, tales como: a) inmuebles; b) muebles; c) participación del capital de empresas cerradas.

En este tipo de fideicomisos es esencial la gestión del fiduciario en la administración empresarial del negocio subyacente. Es por ello que la CNV exige al respecto “un plan de inversión, de producción y estratégico [...] directamente dirigido a la consecución de objetivos económicos, a través de la realización de actividades productivas de bienes o la prestación de servicios en favor de los tenedores de los títulos valores emitidos por el fideicomiso financiero” (art. 23, inc. a, Cap. XV, NT 2001).

Los fondos de inversión directa no han sido contemplados por la ley, y sólo son mencionados en el artículo 74, inciso ñ, de la ley 24.241.

IV. Separación patrimonial

Como es sabido, la innovación esencial que surge de la ley de Fideicomiso es la consagración del patrimonio fideicomitado como un patri-

⁴⁶ Un análisis completo del régimen impositivo puede consultarse en MALUMIÁN, DIPLOTTI y GUTIÉRREZ, *Fideicomiso y securitización*, p. 285.

⁴⁷ MALUMIÁN, DIPLOTTI y GUTIÉRREZ, *Fideicomiso y securitización* cit., p. 259; GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel C., *La inversión fiduciaria de los fondos de pensión*, p. 39.

monio separado del fiduciante y del fiduciario. Constituye el ejemplo más claro de un caso de patrimonio especial⁴⁸ y por supuesto este régimen abandona la concepción del patrimonio como universalidad, originada por Aubry et Rau, característica de los códigos civiles inspirados en el modelo francés, entre ellos el nuestro (art. 2312 y su nota, Cód. Civ.).

Los patrimonios separados presentan las siguientes características: a) Necesitan previsión legal; b) están conformados por bienes independientes del patrimonio general; c) responden sólo por las deudas originadas en virtud del patrimonio especial⁴⁹.

La ley impone este verdadero cambio en nuestro Derecho en el artículo 14, con estos simples términos: “Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante”. Más abajo regula los efectos de esta separación (arts. 15, 16, 17, 18)⁵⁰.

El fiduciante, por contrato con el fiduciario (art. 1º) o por la vía testamentaria (art. 3º), dispone la separación de parte de sus bienes que pasan en propiedad fiduciaria al fiduciario (art. 11).

Ello significa que tales bienes son de titularidad del fiduciario⁵¹, por lo que el legislador se ha inclinado por la postura más prudente en la materia, ya que reconoce un titular de esa propiedad fiduciaria. Distinta es la solución en otros regímenes legales, como por ejemplo el Código Civil de Quebec que admite el patrimonio sin sujeto (Libro IV, Título VI)⁵².

⁴⁸ Por cierto no es la primera vez que nuestra legislación admite un patrimonio separado. Borda ya sostenía que era posible el reconocimiento de un patrimonio general con diversos patrimonios especiales del mismo sujeto (ver *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, t. II, p. 14).

⁴⁹ RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte general*, t. II.

⁵⁰ ANDORNO, Luis O., *La propiedad fiduciaria*, en R. D. C. O., Año 38, 2005-A, ps. 241 y ss.; HIGHTON, MOSSET ITURRASPE, PAOLANTONIO y RIVERA, *Reformas al Derecho Privado. Ley 24.441* cit., p. 49; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Fideicomiso...* cit., p. 84; PUERTA DE CHACÓN, Alicia, *El dominio fiduciario en la ley 24.441 ¿Nuevo derecho real?*, en *Tratado teórico práctico de fideicomiso*, p. 94.

⁵¹ Se trata, sin embargo, de una propiedad muy particular, ya que está limitada en el tiempo (art. 4º, inc. c) y condicionada en su ejercicio (art. 17).

⁵² Kiper y Lisoprawsky afirman que el caso del Código Civil de Quebec constituye el supuesto más extremo de separación patrimonial: el patrimonio como sujeto de derecho (ver *Tratado de fideicomiso* cit., p. 161).

Y lo hace para garantizar el cumplimiento de una finalidad, cuya expresión depende de su sola voluntad⁵³, durante el lapso que dure el fideicomiso a favor del beneficiario y a su término, cumplido el plazo o condición, imponiendo su transmisión al propio fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario (art. 1º)⁵⁴.

La separación patrimonial es la clave para el desarrollo del fideicomiso en general y por supuesto, para el fideicomiso financiero, sin la cual no podría instrumentarse. Como se ha visto más arriba, ella permite la formación del patrimonio afectado, que opera como activo subyacente, y es la garantía que sustenta la emisión de los certificados de participación y los títulos de deuda, por el fiduciario.

V. Régimen especial de cesión de créditos

El régimen de cesión de derechos en el Código Civil argentino está consagrado a partir del artículo 1434, bajo el restringido título de cesión de créditos⁵⁵.

Allí se establece que la cesión de créditos, si fuese onerosa se regiría por las reglas de la compraventa (art. 1435, Cód. Civ.). Como consecuencia de ello, el contrato tiene efecto entre las partes (cedente y cesionario), desde el momento de su celebración (art. 1457, Cód. Civ.).

Sin embargo, la cesión de créditos, como se ha señalado muy gráficamente, tiene dos momentos de perfeccionamiento y efectos⁵⁶: la cesión entre las partes, en primer lugar y luego, en relación con terceros. Con referencia a estos últimos cabe distinguir, además, entre el deudor cedido y los restantes terceros.

Los efectos de la cesión de créditos, en relación con el deudor

⁵³ Por supuesto, sin que esté autorizado a violar normas de orden público, lo que es muy significativo, en especial, en el fideicomiso testamentario. Al respecto ver FERRER, Francisco, *Fideicomiso testamentario y Derecho Sucesorio*, p. 188.

⁵⁴ Hayzús insiste, en mi juicio con razón, sobre la necesidad de determinar con precisión la finalidad de cada fideicomiso, aspecto que en su juicio debe ser ineludible en el respectivo contrato (*Fideicomiso* cit., p. 78).

⁵⁵ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *Cesión de créditos*, p. 16.

⁵⁶ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, *De la cesión de créditos*, en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y normas complementarias*, t. 4A, p. 105.

cedido, operan a partir de la notificación al mismo, por cualquier medio (art. 1460, Cód. Civ.) o su aceptación (art. 1459, Cód. Civ.).

En cambio, en relación con los restantes terceros (otros cesionarios, acreedores del cedente), los efectos de la cesión sólo les serán oponibles a partir de la notificación al deudor cedido por “acto público” (art. 1467, Cód. Civ.). El Código, fiel a su época, ha adoptado a este respecto el principio de la notificación para garantizar fundamentalmente los derechos de terceros, evitando de esta manera las posibles colusiones entre el deudor cedido y sus acreedores⁵⁷.

Conforme a la doctrina mayoritaria, por “acto público” se entiende instrumento público⁵⁸, aunque alguna jurisprudencia ha flexibilizado este criterio⁵⁹.

Como se comprende fácilmente la titulización de créditos sería imposible si se requiriera la aplicación del régimen ordinario de cesión de créditos, ya que éste ha sido concebido por el legislador decimonónico, para el acto individual, mientras que aquélla, por esencia, es una cesión masiva⁶⁰.

Por ello, amén de la consagración del sistema de separación patrimonial, el aliento a la titulización de créditos requiere la inclusión de

⁵⁷ COMPAGNUCCI DE CASO, *Cesión de créditos* cit., p. 145. Gregorini Clusellas destaca que existen tres posturas en el Derecho Comparado para determinar la oponibilidad en relación con terceros: el principio de la notificación, que se deriva del Código Civil francés, la publicidad del acto y la inscripción registral. Ver en *De la cesión de créditos*, en BUERES (dir.), *Código Civil y normas complementarias* cit., t. 4A, ps. 117 y ss.

⁵⁸ SALVAT y ACUÑA ANZORENA, *Fuentes de las obligaciones*, t. I, p. 449; REZZÓNICO, L., *Estudio de los contratos*, p. 308; BORDA, G., *Contratos*, t. I, N° 539.

⁵⁹ Ver en LÓPEZ DE ZAVALÍA, F., *Teoría de los contratos. Parte especial*, p. 608. Acerca de los efectos de la notificación al deudor cedido, ver el voto del Dr. Edgardo M. Alberti, como integrante de la CNCom., sala D, autos “Izzo, Rubén en Giganti, A. c/Terranova, A.”, L. L. 1992-B-119.

⁶⁰ Este mismo problema se presenta en el factoring, cuya difusión está limitada en nuestro medio por esta razón. Sobre el punto, ver ALEGRIA, Héctor y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Bases y directrices para la regulación del factoring en la Argentina*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2005-3, *Contratos bancarios*, p. 335; ARAYA, Miguel, *Factoring*, en ROUILLÓN (dir.), *Código de Comercio comentado*, t. II, p. 553.

un régimen propio de cesión, que en este caso se incorpora en los artículos 70, 71 y 72 de la ley 24.441⁶¹, complementado con iguales efectos por el régimen de letras hipotecarias (arts. 35 a 51, ley 24.441)⁶². Ese nuevo régimen afecta, como lo ha señalado Alegria, las formas de la cesión, la oponibilidad del acto al propio deudor y terceros, las excepciones oponibles al cesionario y la posibilidad de impugnación de los actos de transferencia en caso de insolvencia del originante⁶³.

La modificación al régimen ordinario de cesión de créditos tiene una amplitud mayor al fideicomiso financiero, ya que alcanza también otras formas de titulización, cualquiera sea el vehículo que facilite este proceso.

Así, la primera parte del artículo 70 establece que se aplican las normas del mismo y de los artículos 71 y 72 (excepcionando el régimen ordinario de cesión, agrego por mi parte) cuando se “cedan derechos como componentes de una cartera de créditos...”

A renglón seguido se dispone que esa excepción operará si la cesión tuviera como finalidad: “a) Garantizar la emisión de títulos valores mediante oferta pública...” Este supuesto contempla la titulización a través del fideicomiso financiero. Aquí la ley incorpora una restricción clara, que pareciera no ser aplicable a los supuestos posteriores: la necesidad de que esos títulos valores (en el caso, serían los valores fiduciarios) cuenten con oferta pública. Si así no sucede, este régimen, dado su carácter excepcional, no sería aplicable.

Luego, más abajo se establece: “b) Constituir el activo de una sociedad con el objeto de que ésta emita títulos valores ofertables públicamente y cuyos servicios de amortización e intereses estén garan-

⁶¹ El texto está tomado textualmente del Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial, año 1993, elaborado por la Comisión Federal, designada por la Cámara de Diputados de la Nación, arts. 1454 a 1456, Zavalía, p. 60. Ver estos antecedentes en ALEGRIA, *Securitización* cit., p. 313, nota 76. Según mis recuerdos su autor fue el Dr. Héctor Alegria.

⁶² Hay que sumar a lo dicho que también el nuevo régimen de leasing facilita la titulización de créditos, al disponer la aplicación de las reglas de los arts. 70, 71 y 72 de la ley 24.441 (art. 19, ley 25.248) en la cesiones emergentes de tal contrato.

⁶³ ALEGRIA, *Securitización* cit., p. 313.

tizados por dicho activo”. La ley tiende aquí a amparar el proceso de titulización realizado a través de la constitución de una sociedad con objeto especial. Este vehículo, si bien cabe ser utilizado a esos efectos en la Argentina, no tiene aplicación práctica.

Y finalmente: “c) Constituir el patrimonio de un fondo común de créditos”. Aquí el supuesto considerado es el fondo común de inversión, que, como antes se ha dicho, bajo la modalidad cerrada fue objeto de especial tratamiento en la resolución 237 CNV, previo a la sanción de la ley 24.441, cuando se intentó promover la titulización a través de tal vehículo.

Si la finalidad de la cesión de créditos fuera cualquiera de los enunciados, el régimen especial es aplicable, quedando para este ámbito sustituido el sistema ordinario del Código Civil⁶⁴.

Véase ahora en qué consiste ese régimen.

Ante todo se admite que la cesión pueda efectivizarse por acto único (art. 71) con individualización de los créditos, indicando montos, plazos, intereses y garantía. Si ellos fueran registrables, deberán inscribirse en los registros pertinentes⁶⁵.

Este artículo 71 incorpora la cesión masiva por un acto único, que ya estaba admitida por la doctrina, aunque, claramente, nunca estuvo en la mente del legislador, quien sólo conoció la cesión individual de créditos.

Los efectos más significativos de la reforma lucen en el artículo siguiente (art. 72), en estos términos:

“a) No es necesaria la notificación al deudor cedido siempre que exista previsión contractual en tal sentido. La cesión será válida desde su fecha”. En otras palabras, si la cesión de créditos tiene como finalidad algunos de los supuestos del artículo 70, la notificación al deudor cedido, que tiene los efectos antes expuestos, no es requerida ni por acto público, ni de ninguna forma.

⁶⁴ MALUMIÁN, DIPLIOTTI y GUTIÉRREZ, *Fideicomiso financiero y securitización* cit., p. 184.

⁶⁵ Aquí se admite el sistema de la inscripción registral para la oponibilidad a terceros, abandonando el régimen de la notificación del Código Civil. Sin embargo, los supuestos de registro constituyen la excepción (por ej., art. 8º, ley 25.248), no la regla.

Esto significa que la cesión se instrumenta entre cedente y cesionario y adquiere validez (en el ámbito que estoy analizando) a partir de ese momento, siendo oponible al deudor cedido y a los restantes terceros, a partir de su fecha, sin otro requisito adicional⁶⁶.

La única exigencia de la ley, además de la finalidad antes apuntada de la cesión (art. 70), es la previsión contractual expresa, al momento del nacimiento del crédito, que disponga la aplicación de este régimen.

La reforma va más allá de lo expuesto.

En el régimen ordinario, el cedente transmite al cesionario el derecho de crédito que le pertenece. Conforme al clásico contenido de este negocio jurídico, el cesionario ocupa el lugar del cedente y, en consecuencia, el deudor cedido puede oponerle al cesionario todas las defensas que le cabían contra aquél (art. 1469, Cód. Civ.)⁶⁷.

La regla se excepciona, ya que si la cesión de créditos tiene la finalidad señalada en el artículo 70 y se realiza conforme a las pautas del artículo 72, inciso a (“previsión contractual”) sólo subsistirán contra el cesionario las excepciones fundadas en la invalidez de la relación crediticia o el pago documentado anterior a la fecha de la cesión (art. 72, inc. b)⁶⁸.

Este avance es trascendente, ya que en alguna medida equipara los efectos de estas transmisiones a los propios de los títulos valores.

El supuesto del “pago documentado” no ha generado debate, pero sí ha sido cuestionada por parte de la doctrina la inclusión de la expresión “invalidez de la relación crediticia”⁶⁹. Alegria afirma que si

⁶⁶ Salvo en el caso de que se requiera inscripción registral, supuesto en que el efecto en relación con terceros se opera con la inscripción (ALEGRIA, *Securitización* cit., p. 317).

⁶⁷ COMPAGNUCCI DE CASO, *Cesión de créditos* cit., p. 156.

⁶⁸ La regla incorporada más abajo, en el inc. c, del art. 72, que establece que cuando la emisora de los valores fiduciarios fuera una entidad financiera, la entidad será propietaria fiduciaria de los activos y sin embargo los créditos en ningún caso integrarán su patrimonio, aparece hoy como sobreabundante, ya que las reglas incorporadas al tipificarse el fideicomiso generan las mismas consecuencias. Sólo se entienden si se recuerda la fuente de esta parte de la reforma, que como antes se ha dicho, obedece al Proyecto de Unificación, año 1993, debido a la llamada Comisión Federal.

⁶⁹ HIGHTON, MOSSET ITURRASPE, PAOLANTONIO y RIVERA, *Reformas al Derecho Privado. Ley 24.441* cit., p. 245.

se tratara de una nulidad absoluta, y también si fuera una nulidad relativa por vicio genético no subsanado, todo anterior al acto de cesión, la invalidez es oponible al cesionario⁷⁰.

VI. Conclusión

Las razones expuestas me hacen afirmar que la incorporación del fideicomiso financiero al sistema jurídico argentino ha significado un formidable avance para el financiamiento empresarial a través del mercado de capitales, y ello es especialmente valioso si se recuerda que gran parte de esa financiación se ha orientado a alentar el consumo⁷¹.

⁷⁰ ALEGRIA, *Securitización* cit., p. 319.

⁷¹ Gainvest, Informe diciembre de 2006.

EL DERECHO DEL BRASIL ANTE LAS UNIONES DE HECHO

por OMAR U. BARBERO*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Derecho argentino. 3. Derecho brasileño: la Constitución. 4. El Código Civil de 2002. Diferencia entre “unión estable” y “concubinato”. 5. Efectos de la “unión estable”. 6. Reflexiones finales.

1. Introducción

El recuerdo del empeño que siempre tuvo el doctor Luis O. Andorno, homenajeado en el presente número de la *Revista*, en las tareas de investigación jurídica, nos alienta a reflexionar sobre la tan actual problemática de las uniones de hecho.

Y específicamente a hacerlo a través del método comparatista, que nuestro querido Luis tanto cultivó. Podemos hacer memoria, entre tantas cosas, de su actuación como miembro fundador y primer secretario general de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, Filial Rosario.

Cotejaremos nuestro Derecho nacional con el de Brasil; país muy vinculado a nuestra Facultad a través de convenios que se han materializado en muchos Doctorados obtenidos aquí por colegas brasileños.

La realidad tan frecuente de las parejas que conviven como marido y mujer sin contraer matrimonio significa un llamado de atención muy serio para los que hemos abrazado el Derecho como profesión habitual, en sus diversas incumbencias. ¿Por qué tanta gente “huye” de lo jurídico?

Muchos hoy, como ayer, obran así debido a un estado de carencia

* Profesor Titular Ordinario de Derecho Civil II y Derecho Civil V de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

económica y cultural. Viviendo por debajo de la línea de indigencia no tienen acceso a la educación básica y no pueden o ni se les ocurre pasar por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. “Indiferencia por falta de lo imprescindible, indiferencia por falta de cultura”, así sintetizaba este fenómeno otro recordado profesor de la Facultad de Derecho de Rosario, lamentablemente fallecido a fines de 2006, Oscar Adolfo Borgonovo, denominándolo “concubinato *carencial*”¹.

Esto no presenta casi nada de nuevo.

Antes de la ley 23.515 del año 1987, muchas personas invocaban la imposibilidad de casarse por un impedimento de ligamen invencible al no existir el divorcio vincular (“concubinato *castigo*”, lo proponía llamar Borgonovo). Pero manifestaban intención de no vivir en irregularidad recurriendo con frecuencia a celebrar matrimonios *in fraudem legis* en el exterior.

Esto ya no existe. Pertenece al pasado a partir de la ley 23.515.

Lo que queda y ha aumentado sobremanera hoy en día, dejando de ser excepción y no llamando ya la atención a nadie, incluso con natural aceptación social, es lo que Borgonovo denominaba “concubinato *utópico*”². La gente común (no los carenciados), jóvenes y menos jóvenes, que consideran al vínculo jurídico del matrimonio como una intromisión del Estado en su vida privada, o ni llega a interesarles para nada.

Partiendo de que el matrimonio como acto jurídico importa para los contrayentes aceptar una convivencia jurídicamente ordenada y vinculante, ¿por qué tantos y tantas no quieren ingresar en esa *juridicidad*?

Prefieren convivir sin casarse, vivir en pareja según terminología más usada³. ¿Será porque temen al compromiso jurídico, y prefieren hacer una prueba a ver qué resulta? o ¿será porque piensan que el matrimonio legal no les aporta utilidad alguna?

¹ BORGONOVO, Oscar, *El concubinato en la legislación y en la jurisprudencia*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, N° 8, p. 29.

² Ídem, N° 21, p. 47.

³ No se usa el término técnico “concubinato” por ser peyorativo, según se dijo en un fallo de la CCCom. de Mar del Plata, sala II, 29-6-2000, E. D. 189-463. Vélez Sársfield utiliza la palabra “concubinaje” en su nota al art. 3740 del Código Civil, cuando explica su no inclusión entre los incapaces para suceder por testamento.

No es fácil encontrar una respuesta a estos interrogantes. Seguramente no hay una respuesta única. El problema es complejo y no le cuadra una solución simplista.

Pero todo esto significa una suerte de interpelación para los que estamos en el mundo del Derecho. No puede resultarnos indiferente que algo esencialmente *jurídico* como el matrimonio resulte despreciado o temido.

Es ineludible la reflexión. No debemos caer ni en la inercia mental (por las dudas no cambiar nada) ni en el esnobismo enfermizo (equiparemos cualquier unión de hecho al matrimonio porque eso queda “progre”).

A través del Derecho Comparado vemos soluciones de toda laya. Desde la equiparación al matrimonio hasta el abstencionismo, pasando por ideas intermedias, como otorgar algunos efectos pero distintos a los del matrimonio o abrir el juego a la autonomía de la voluntad con uniones civiles o pactos de solidaridad⁴.

2. Derecho argentino

El Código Civil argentino tomó respecto a las uniones de hecho una actitud “abstencionista”: no producen por sí solas efecto jurídico alguno, en el sentido de crear obligaciones recíprocas entre las partes⁵.

Ni castigar ni proteger.

La pareja no casada no asume ninguno de los deberes propios del matrimonio: ni de fidelidad, ni de asistencia, ni de alimentos, ni de cohabitación. Tampoco hay efectos patrimoniales parecidos al régimen de la sociedad conyugal, ni derechos sucesorios. Ni a ser beneficiarios del bien de familia⁶.

Esta idea arranca principalmente a partir del Código Civil francés de 1804. Según frase atribuida a Napoleón: “si les concubines se passent

⁴ Sobre esto cfr. BELLUSCIO, Augusto C., *El concubinato y el pacto de solidaridad en el Derecho francés*, en L. L. 2000-C-1100.

⁵ Cfr. la crítica a este criterio hecha por AMEGLIO ARZENO, Carlos, *El régimen jurídico del concubinato*, Establecimiento gráfico Pomponio, Rosario, 1940, ps. 48/49.

⁶ CNCiv., sala L, 12-6-2000, E. D. 199-297. Rechazó expresamente la interpretación extensiva que los interesados habían sostenido. En el mismo sentido la sala A, 11-7-2000, E. D. 190-297.

de la lois, la loi se désintéresse d'eux” (si los concubinos prescinden de la ley, la ley se desinteresa de ellos)⁷.

Más allá de lo que hay en otras ramas del Derecho, como el Derecho de la Seguridad Social (pensiones, beneficios en obras sociales), en el Derecho Civil –rama a la cual estrictamente se limita este trabajo– solamente hay algunos efectos accesorios o tangenciales: entre otros la obligación natural de alimentos, lo que excluye la repetición de los ya prestados⁸; el derecho a indemnización del daño material derivado de la muerte del compañero⁹; la presunción de paternidad en las acciones de filiación.

3. Derecho brasileño: la Constitución

Establece el artículo 226 de la Constitución Federal de 1988:

La familia, base de la sociedad, tiene especial protección del Estado.
1º) El matrimonio (“casamento”) es civil y gratuita su celebración.
2º) El matrimonio religioso tiene efecto civil, en los términos de la ley.
3º) Para los efectos de la protección del Estado, se reconoce la *unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio*.

Esta disposición constitucional fue primeramente reglamentada por ley 9278 del 10 de mayo de 1996 y actualmente su regulación se halla incorporada al Código Civil.

Lo más interesante de ese dispositivo constitucional es que reconoce al matrimonio como lo mejor y lo más deseable para la adecuada constitución de la familia. La unión estable es de menos categoría, precisamente por ello es que la ley debe facilitar su conversión en matrimonio.

Dicho de otro modo, no hay una indiferencia axiológica en el ordenamiento jurídico del Brasil en torno a que la gente se case o se una establemente.

⁷ FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo G., *Manual de Derecho de Familia*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 50.

⁸ Cfr. CSJN, 17-9-96, J. A. 1997-II-641.

⁹ Tendencia uniformemente aceptada por todos: BUERES, Alberto J., *El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta*, en *Derecho de Daños, homenaje a Jorge Mosset Iturraspe*, La Rocca, Buenos Aires, 1989, p. 141.

4. El Código Civil de 2002. Diferencia entre “unión estable” y “concubinato”

Dentro del Libro IV (*Del derecho de familia*) está el Título III *De la unión estable* (arts. 1723 a 1727):

Artículo 1723. Se reconoce como entidad familiar la unión estable entre el hombre y la mujer, configurada en la convivencia pública, continua y duradera y establecida con el objetivo de constituir familia.

1º. La unión estable no se constituirá si existieran los impedimentos del artículo 1521; no aplicándose la incidencia del inciso VI en el caso de la persona casada si se hallase separada de hecho o judicialmente.

2º. Las causas suspensivas del artículo 1523 no impedirán la caracterización de la unión estable.

Artículo 1724. Las relaciones personales entre los compañeros obedecerán a los deberes de lealtad, respeto y asistencia, y de guarda, sustento y educación de los hijos.

Artículo 1725. En la unión estable, salvo contrato escrito entre los compañeros, se aplica a las relaciones patrimoniales, en lo que correspondiere, el régimen de comunidad parcial de bienes.

Artículo 1726. La unión estable podrá convertirse en matrimonio, mediante pedido de los compañeros al juez y asiento en el Registro Civil.

Artículo 1727. Las relaciones no eventuales entre el hombre y la mujer, impedidos de casarse, constituyen concubinato.

Es llamativa, para nosotros los argentinos, esta distinción entre “unión estable” y “concubinato”. Solamente la primera es “entidad familiar” con los efectos jurídicos consiguientes.

El “concubinato” se da cuando los convivientes *no podrían casarse* por impedimentos “dirimentes” (según terminología del Código argentino). Pero se hace la salvedad de que no importa el impedimento de ligamen, si hay separación de hecho o judicial.

No son obstáculos los que en Argentina se llaman “impedimentos impedientes” y en el Código de Brasil son aludidos como “causas suspensivas” (por ej., el plazo de diez meses a observar por la viuda, suprimido en el Derecho argentino).

Otra vez vuelve a verse que no hay en el Derecho brasileño indiferencia valorativa. Así como, según la Constitución, no les da lo

mismo matrimonio que unión estable, tampoco son equivalentes en el Código Civil la unión estable y el concubinato.

Se ve claramente que entienden a la unión estable como una antesala para el futuro matrimonio.

5. Efectos de la “unión estable”

Según el artículo 1725 ya transcrito, se establece supletoriamente el régimen patrimonial de la *comunidad parcial de bienes*.

Adviértase que el artículo 1724 menciona los deberes mutuos de lealtad, respeto y asistencia, *pero no el de fidelidad* recíproca (para el matrimonio está expresamente establecido en el art. 1566).

La unión estable genera *parentesco por afinidad* entre cada compañero (“*companheiro*”) y los consanguíneos del otro (art. 1595). En esto es igual al matrimonio. La afinidad se limita a los ascendientes, descendientes y hermanos del otro. En la línea recta, la afinidad no se extingue con la disolución del matrimonio o de la unión estable que le dio origen.

Los compañeros tienen entre sí recíprocos derechos a *alimentos* (art. 1694), que persisten aun luego de la rescisión de la unión estable, a favor del ex conviviente que los necesite (art. 7° de la ley 9278).

Pero la unión estable (el concubinato y el nuevo matrimonio también) del acreedor (alimentario) con otra persona hace cesar el deber del alimentante (art. 1708).

Como son entidad familiar, los compañeros pueden constituir *bien de familia* (art. 1711).

Y en materia de sucesiones, el “compañero” no está en modo alguno equiparado al cónyuge supérstite. Solamente podrá llegar a recibir los bienes del *de cuius* si no hay parientes en grado sucesible, por lo que está ciertamente “al final de la cola” y solamente antes del Estado. Así surge del artículo 1844.

No obstante, conforme a la ley 9278, artículo 7°, si se disuelve la unión estable por muerte de uno de los dos convivientes, el sobreviviente tendrá derecho real de habitación vitalicio, mientras no constituya nueva unión estable o contraiga matrimonio, respecto al inmueble destinado a residencia de la familia.

6. Reflexiones finales

Suele objetarse que otorgar efectos jurídicos a las uniones de hecho implica poner como un “sello” jurídico a aquella huida del compromiso a la que nos referíamos al comienzo. Por eso, a quien ya tiene dificultad para decidirse a contraer matrimonio, este tipo de legislación le haría todavía más difícil tal decisión.

Puede ser. Pero la cosa puede cambiar si, como en el Derecho brasileño, se hace la adecuada distinción axiológica y no se equipara unión de hecho a matrimonio.

La “unión estable” del Brasil está planteada como una antesala desde la cual el ordenamiento jurídico procura “empujar” a los convivientes a convertirse en legalmente casados.

Y precisamente por eso no son “compañeros”, sino simples “concubinos” (sin protección legal) aquellos que no están habilitados para contraer matrimonio entre sí.

Al régimen del Brasil podríamos calificarlo, a diferencia del “abstencionista” argentino, como embrionariamente proteccionista de la unión de hecho, pero siempre con la debida orientación hacia el matrimonio.

El modelo brasileño debería serle puesto frente al Congreso nacional cada vez que aparece alguno que, por oportunismo electoral u otro motivo, propone irresponsablemente equiparar matrimonio y unión de hecho.

Pero siempre quedará la pregunta acerca de si es justo imponer, a quienes prefieren la unión plenamente libre y sin compromiso de ningún tipo, un régimen “cuasimatrimonial” o “pseudomatrimonial” a la fuerza.

¿No habrá que admitir de modo expreso, si se decide legislar sobre las uniones de hecho, una suerte de “pacto de insolidaridad”, a la inversa del previsto en el Derecho francés?

Es decir que los que quieren convivir sin compromiso alguno, que así puedan decidirlo. Se da por supuesto que se trata de personas que actúan libres de toda presión o abuso. De no ser así, siempre estarán a mano los vicios de la voluntad, incluida la lesión objetiva, por aprovechamiento de un estado de inferioridad.

BASES METODOLÓGICAS PARA EL PENSAMIENTO DE LA JUSTICIA EN EL DERECHO PRIVADO

por MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI*

SUMARIO: 1. Nociones fundamentales. a) El profesor Luis O. Andorno, la Metodología Dikelógica y el Derecho Privado. b) Los alcances, la dinámica y las situaciones de la Metodología Dikelógica en el Derecho Privado en general. 2. Metodología para el pensamiento de la justicia en el Derecho Privado. a) Las clases de justicia. b) La pantonomía de la justicia. c) Las perspectivas metodológicas de la justicia del reparto aislado. c') Las perspectivas metodológicas de la justicia del régimen.

1. Nociones fundamentales

a) *El profesor Luis O. Andorno, la Metodología Dikelógica y el Derecho Privado*

1. El profesor doctor Luis O. Andorno, homenajeado en este número de la *Revista de la Facultad de Derecho*, fue no sólo un gran jurista y un gran académico, sino un hombre de muy elevadas cualidades, caracterizado en especial por una generosidad extraordinaria.

Dado que dedicó gran parte de su tarea académica al Derecho Privado, deseamos rendirle homenaje refiriéndonos a las bases metodológicas del *pensamiento de la justicia* en esa rama del Derecho.

2. Desde tiempos muy remotos, además de los contenidos de la justicia, se ha debatido la metodología de su pensamiento. Aristóteles

* Profesor Titular Ordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador principal del Conicet.

se ocupó de estas perspectivas, que podrían denominarse *Metodología Dikelógica*¹, sobre todo cuando trató las clases de justicia², es decir, los “caminos” para transitar, los “modos” en el pensamiento de dicho

¹ Werner Goldschmidt se refería a la *Axiología Dikelógica*, remitida a la forma, diferenciándola de la *Axiosofía Dikelógica*, orientada al contenido de la justicia. Si Aristóteles es uno de los fundadores de la Axiología Dikelógica, Platón es uno de los primeros grandes exponentes de la Axiosofía Dikelógica (puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., 5ª reimp., Depalma, Buenos Aires, 1987, ps. 29/30).

² ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, en *Obras*, trad. de Francisco de P. Samaranch, Aguilar, Madrid, 1964, Lib. IV, Cap. 2, 1130 a/1130 b y ss., ps. 1228 y ss. (panoramas de las ideas de Aristóteles acerca de la justicia pueden v. por ej. en GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1983, ps. 439 y ss.; CORRAL GENICIO, Jerónimo, *La noción de justicia en la Retórica de Aristóteles*, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, http://www.filosofiyderecho.com/rtdf/numero6/aristoteles.htm#_ftn2, 9-1-2007; cabe c. nuestras *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1991/4).

Puede c. una crítica de las ideas de Aristóteles en HOBBS, Thomas, *Leviatán*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1980, Parte I, Cap. 15, ps. 123/4. Anunciando caminos del capitalismo, el pensador inglés dice: “El valor de todas las cosas contratadas se mide por la apetencia de los contratantes, y, por consiguiente, el justo valor es el que convienen en dar [...] Hablando con propiedad, la justicia conmutativa es la justicia de un contratante, es decir, el cumplimiento de un pacto en materia de compra o venta...” “Justicia distributiva es la justicia de un árbitro, esto es el acto de definir lo que es justo. Mereciendo la confianza de quienes lo han erigido en árbitro, si responde a esa confianza, se dice que distribuye a cada uno lo que le es propio: ésta es, en efecto, distribución justa, y puede denominarse (aunque impropiamente) justicia distributiva, y, con propiedad mayor, equidad...”

En relación con la clasificación tradicional de la justicia es posible v. además por ej. FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego S., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, ps. 191 y ss. (cabe c. *Natural Law and Natural Rights*, reimp. 1996, Clarendon Press, Oxford, ps. 161 y ss.); también puede c., en otro sentido, HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, ps. 196 y ss.; asimismo es posible v. NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, trad. de Rolando Tamayo, 1ª reimp. argentina, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1990, ps. 153 y ss.

Además del aporte aristotélico, cabe referir como ejemplo de la Metodología Dikelógica tradicional las contribuciones de Ulpiano al remitirse a la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho y fijar como principio del Derecho vivir honestamente, no hacer daño a otro y dar a cada uno su derecho (*Cuerpo del Derecho Civil Romano*, ed. Kriegel y otros, Ildefonso L. García del Corral, *Digesto*, Lib. I,

valor³. Hoy el desenvolvimiento de la Metodología Dikelógica es quizás el enfoque predominante en la consideración de la justicia. La obra rawlsiana es una clara muestra de esto. Ha llegado a afirmarse que la justicia de estos días se piensa con carácter “procedimental”⁴.

3. Uno de los grandes desafíos del pensamiento jurídico de este

Tít. II, 10; conc. *Instituciones*, Lib. I, Tít. I, p. 5). Los aportes han sido criticados por falta de contenido, pero es que son metodológicos.

Entre las expresiones del debate actual sobre las clases de justicia pueden v. por ejemplo, HARKE, Jan Dirk, *Kants Beispiele für die iustitia distributiva im Privatrecht*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 91-4, ps. 459 y ss.; ROEMER, John E., *Theories of distributive justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996; DIETERLEN, Paulette, *Ensayos sobre justicia distributiva*, 2ª ed., Fontamara, México, 2001 (también http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/04704174522681695209079/isonomia07/isonomia07_01_10.pdf, 30-1-2007); LURGER, Brigitta, *Prinzipien eines Europäischen Vertragsrechts: Liberal, Marktfunktional, Solidarisch oder...?*, <http://www.ejcl.org/21/art21-2.txt>, 24-1-2007.

³ Es viable decir que se trata de diversos “caminos” para pensar el valor.

⁴ En cuanto a la obra de John Rawls y el carácter procedimental del pensamiento actual de la justicia, pueden v. por ej. RAWLS, John, *A Theory of justice*, 10ª impr., Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1980, esp. ps. 85 y ss.; *Justicia como equidad*, trad. de Miguel Ángel Rodilla, Tecnos, Madrid, 1986; *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1993; The Department of Philosophy of the University of California, Irvine, *John Rawls. A Selected Bibliography*, compiled by Eddie Yeghiayan, <http://sun3.lib.uci.edu/~scctr/philosophy/rawls.html>, 31-12-2006; ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993, por ej. p. 174; CELANO, Bruno, *Justicia procedimental pura y teoría del Derecho*, en *Doxa*, 24, ps. 407 y ss.; DÍAZ, María Clara, *¿Justicia procedimental o sustantiva?*, en *Enfoques*, XVII, ps. 55 y ss.; GONZÁLEZ-GÓMEZ, Gabriela y GONZÁLEZ-CHÁVEZ, María de Lourdes, *La justicia procedimental imperfecta de John Rawls, en la conciencia jurídica material de Alf Ross*, Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Chile, <http://www.moebio.uchile.cl/23/gonzalez.htm>, 31-12-2006; CEVA, Emanuela, *Società Italiana di Filosofia Politica, Giustizia procedurale e pluralismo dei valori*, <http://www.sifp.it/articoli.php?idTem=3&idMess=345>, 20-1-2007; en afinidad con el tema también puede v. VIGO, Rodolfo, *Balance de la teoría jurídica discursiva de Robert Alexy*, en *Doxa*, 26, ps. 203 y ss. Entre las posiciones críticas al procedimentalismo pueden v. por ej. MASSINI CORREAS, Carlos I., *La teoría del Derecho Natural en el tiempo posmoderno*, en *Doxa*, 21-II, ps. 289 y ss., http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II_21.pdf, 29-1-2007; MASSINI, Carlos Ignacio, *Positivismo, Ética y Derecho. Aportaciones al debate actual entre iuspositivismo e iusnaturalismo*, http://www.humanitas.cl/que_es.html, 31-1-2007.

tiempo es superar la “simplicidad pura”, pretendida por Kelsen y sus continuadores, en una “complejidad pura”, sin retroceder hacia las “complejidades impuras” jusnaturalista, sociologista, economicista, psicologista, lingüística, etcétera, que, con mayor o menor posibilidad de conciencia, el maestro vienés procuró superar⁵.

Entre los esfuerzos para trascender ese reto se encuentra el *integrativismo tridimensionalista* de la *teoría trialista del mundo jurídico*⁶

⁵ La asunción de la complejidad es en general uno de los mayores desafíos de nuestro tiempo (es posible v. por ej. GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., ps. XVII y ss.; BOCCHI, Gianluca y CERUTI, Mauro [comps.], *La sfida della complessità*, traducciones de Gianluca Bocchi y María Maddalena Rocci, 10ª ed., Feltrinelli, Milano, 1997; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura*, en E. D. 126-884 y ss.). Expresiones importantes de la búsqueda de la superación de la “simplicidad pura” kelseniana pueden v. por ej. en HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Madrid, Redondo, Trotta, 1998; ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de José M. Seña, 2ª ed., Gedisa, Barcelona, 1997, p. 21 (“La cuestión consiste en saber cuál concepto de derecho es correcto o adecuado. Quien desee responder esta pregunta tiene que relacionar tres elementos: el de la *legalidad* conforme al ordenamiento, el de la *eficacia* social y el de la *corrección* material. Quien no conceda ninguna importancia a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social y tan sólo apunte a la corrección material obtiene un concepto de derecho puramente iusnatural o iusracional. Llega a un concepto de derecho puramente positivista quien excluya totalmente la corrección material y apunte sólo a la legalidad conforme al ordenamiento y/o a la eficacia social. Entre estos dos extremos son concebibles muchas formas intermedias”; c. asimismo p. 87).

⁶ Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico es posible v. GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit.; *Justicia y verdad*, La Ley, Buenos Aires, 1978; también *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, Aguilar, Madrid, 1958 (2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1986); CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Derecho y política*, Depalma, Buenos Aires, 1976; *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1982/4; *Estudios Jusfilosóficos*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1986; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000. Una importante aplicación puede v. en BIDART CAMPOS, Germán J., *Filosofía del Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1969. Es posible v. Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://200.58.112.82/~grcentr/index.htm>, 29-1-2007.

Creemos que cada individuo (constituyente, legislador, juez, administrador, científico, profesor, particular, etc.) *hace lo que quiere dentro de lo que puede y dice lo que quiere dentro de lo que puede*, de modo que en un marco de tantas tensiones de

que propone construir un objeto jurídico compuesto de repartos de potencia e impotencia⁷ (dimensión sociológica), captados normativamente⁸ (dimensión normológica) y valorados por un plexo axiológico que culmina en la justicia (dimensión dikelógica).

Werner Goldschmidt, fundador del trialismo, planteó el objeto de la ciencia jurídica con carácter “realista genético”, como un ámbito de descubrimiento, oponiéndose así al “idealismo genético” que lo presenta como una creación principalmente humana. Consideramos que ese antiguo debate no llevará a ningún resultado superador, pero sí pueden compartirse *construcciones* acerca de lo que *interesa* tratar como objeto jurídico. Estimamos que es particularmente “interesante” la propuesta de construcción del objeto del Derecho que hace la teoría trialista del mundo jurídico.

4. Análoga sugerencia de construcción, sobre la base de consideraciones compartidas, puede hacerse respecto del valor *justicia*. En este sentido, proponemos adoptar la exigencia básica que, como principio supremo de justicia objetivo, propuso Goldschmidt: adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, para personalizarse⁹.

Quizás pueda decirse que el debate dikelógico es posible entre quienes adopten un mismo *principio hipotético fundamental al respecto*¹⁰,

factores de poder la propuesta “desenmascaradora” trialista encuentra muchos motivos de admisión y muchos de rechazo. Precisamente por esa función de “desenmascaramiento” su exposición tiene descollante importancia. Es claro que la admisión del discurso trialista es en alguna medida más fácil para la ciencia que para quienes por su posición repartidora “más directa” pueden beneficiar su poder mediante el “enmascaramiento”.

⁷ Lo que favorece o perjudica al ser y más específicamente la vida.

⁸ Por normatividades construidas desde el punto de vista de los protagonistas (“prescriptivas” en sentido amplio) y desde el punto de vista de terceros (“promisorias”).

⁹ V. GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., ps. 417/8.

Según que el principio supremo sea más abstracto o concreto las posibilidades de acuerdo son mayores o menores, pero en el primer supuesto son mayores las posibilidades de acuerdos meramente aparentes.

¹⁰ Indirectamente, en cuanto a la posibilidad de supuestos para la investigación de la justicia, puede v. por ej. KELSEN, Hans, *La doctrina del Derecho Natural y el positi-*

pero el carácter decisivo de ese principio es mucho mayor en la discusión sobre el contenido de la justicia y menor en el tratamiento de los métodos al que nos referimos. En cuanto a los métodos, las coincidencias pueden ser más fáciles.

5. Las *propuestas trialistas originarias* sobre los métodos del pensamiento de la justicia se refieren de modo principal, en cuanto a las *clases de justicia*, a las enseñanzas aristotélicas, y contienen un despliegue muy significativo de la “pantomía” de dicho valor, es decir, de manera principal, la atención a los despliegues del pasado, el presente y el porvenir. También los *elementos* de los repartos y los desenvolvimientos del análisis de la justicia del *régimen* (orden de repartos) pueden considerarse aportes a la Metodología Dikelógica.

En el mismo marco del trialismo hemos desarrollado nuevas investigaciones sobre las *clases de justicia* y acerca de las *relaciones entre los valores* que, a nuestro entender, también nutren la Metodología Dikelógica.

vismo jurídico, trad. de Eugenio Bulygin, en KELSEN, Hans, *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, ps. 132 y ss.

Dada la enorme complejidad de la problemática de la justicia, en cuanto al deber ser y al ser a valorar, el acuerdo sobre principios facilita el desenvolvimiento riguroso, pero no asegura las coincidencias en los resultados, porque el *funcionamiento de los valores* tiene siempre grandes dificultades (es posible v. nuestro artículo *Notas sobre los valores inherentes al “funcionamiento” de los valores*, en *Investigación y Docencia*, Nº 4, ps. 39 y ss.; cabe citar una apreciación de las dificultades, a nuestro parecer excesiva, en BOBBIO, N., *Algunos argumentos contra el Derecho Natural*, en KELSEN, H. y otros [rec.], *Crítica del Derecho Natural*, trad. de Elías Díaz, Taurus, Madrid, 1966, ps. 223 y ss.).

Aunque creemos que lo más acertado es prescindir al menos en algún momento del debate axiológico entre objetivistas y subjetivistas, nos parece oportuno recordar, con expresión de Kelsen, que “...cuando se trata de saber lo que es justo o injusto, la decisión depende de la elección de las normas de justicia que tomamos como fundamento de nuestro juicio de valor, pudiendo, por tanto, ser la respuesta muy diferente...” (KELSEN, H., *Justicia y Derecho Natural*, en KELSEN y otros, ob. cit., p. 160).

Es posible recordar una posición relativamente afín, por ejemplo, en GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teoría de la justicia y argumentación en Ilmar Tammelo*, <http://www.geocities.com/jagamado/>, 31-1-2007.

Todos esos despliegues metodológicos pueden esclarecer el pensamiento de la justicia en el *Derecho Privado*¹¹.

6.1. Los desenvolvimientos de la Metodología Dikelógica referidos forman parte del complejo de *métodos constitutivos* de la justicia. Aunque desde una posición “constructivista” la diferenciación entre métodos constitutivos y auxiliares es relativamente “débil”, denominamos métodos constitutivos a los caminos que se siguen en la construcción básica del objeto cuyo recorrido *determina* al objeto, en este caso, el contenido del pensamiento de la justicia. Los distinguimos de los métodos auxiliares, en los que dicha determinación no se produce¹².

¹¹ Puede v. nuestro libro *Metodología Dikelógica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2007, en cuyos contenidos se apoya en gran medida el presente artículo.

Es posible c. por ej. ZABALZA, Guillermina, Cartapacio, *Reflexiones sobre la Axiosofía Dikelógica*, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/612/742>, 1-1-2007.

¹² En cuanto a métodos constitutivos, “que forman parte integrante del conocimiento a que nos llevan”, puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., ps. 360/1, asimismo, *El problema de los métodos en el mundo jurídico*, Esnaola, Buenos Aires, 1965, ps. 20/21. Cabe c. nuestro estudio *Metodología jurídica*, en *La conjetura...* cit., ps. 47/8.

Puede v. GUIBOURG, Ricardo, *La construcción del pensamiento: decisiones metodológicas*, Colihue, Buenos Aires, 2004.

Un ejemplo de método auxiliar es el de las variaciones, que “consiste en que se varía mentalmente el caso real mediante modificaciones irreales, a fin de averiguar cuáles circunstancias son dikelógicamente importantes y en qué se cifra esta importancia” (GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., ps. 396/7). A nuestro entender, también debe funcionar con ese carácter auxiliar, al fin como una aplicación del método de las variaciones, el método de la universalización (en relación con él pueden v. por ej. MacCORMICK, Neil, *Universalisation and Induction in Law*, en *Reason in Law*, Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 December 1984, Giuffrè, Milano, 1987, t. I, ps. 91 y ss.; BURTON, Steve J., *Professor MacCormick's Claim Regarding Universalization in Law*, en *Reason in Law* cit., t. II, ps. 155 y ss.; APEL, Karl-Otto, *¿Es adecuada, para la justicia global, la concepción política del “consenso sobrepuesto”?*, <http://www.uca.edu.sv/facultad/chn/c1170/apel1.htm>, 22-1-2007; asimismo cabe c. KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, trad. de Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 309).

Es posible c. SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Metodología jurídica*, trad. de J. J.

6.2. La diferenciación entre los métodos y los contenidos de la justicia es relevante, pero entre métodos y contenidos existen siempre importantes relaciones que vale no desconocer¹³. Entre el método y la meta hay en todos los casos, en distintos grados, cierta vinculación dialéctica de complementariedad¹⁴.

La teoría trialista del mundo jurídico fue construida básicamente como *desenvolvimiento* de la Ciencia de la Justicia (Dikelogía). Po-

Santa Pinter, Depalma, Buenos Aires, 1979; BERGEL, Jean-Louis, *Méthodologie juridique*, Presses Universitaires de France, Paris, 2001; PAWLOWSKI, Hans Martin, *Introduzione alla Metodologia Giuridica*, ed. a cargo de Salvatore Mazzamuto y Luca Nivarra, Giuffrè, Milano, 1993. Respecto a la posibilidad de método en el Derecho puede c. v. gr. HABA, Enrique P., *Racionalidad y método para el Derecho. ¿Es eso posible?*, en *Doxa*, 7, ps. 169/247. Acerca de la historia de la metodología jurídica cabe recordar, por ej., LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de Enrique Gimbernat Ordeig, Ariel, Barcelona, 1966, ps. 25 y ss.; VICENTI, Humberto, *Metodología Giuridica*, Cedam, Padova, 2005; también pueden v. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid, 1971-73 (*Obras Completas*, Espasa Calpe, Madrid, t. V); RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, Lino, *Derecho y método*, Centro de Investigaciones Jurídicas Facultad de Cs. Js. y Políticas Universidad de Los Andes, Mérida, 1989. Además cabe c. *Méthodologie Juridique. Legal Methodology*, http://www.aimj.u-3mrs.fr/Draw_web/index/index.htm, 1-1-2007; Centro di Ricerche sulla Metodologia Giuridica, <http://www.cermeg.it/>, 1-1-2007; *L'Irrocervo*, <http://www.filosofiadeldiritto.it/>, 1-7-2007. Asimismo v. gr. WHITE, Jefferson y PATTERSON, Dennis, *Introduction to the Philosophy of Law*, Oxford University Press, Nueva York, 1999; MANSON, Manuel, *Filosofía, Derecho y Lógica*, Santiago de Chile, 1996, ps. 151 y ss.

¹³ La vinculación entre los métodos y los contenidos de la justicia tiene antecedentes significativos. Leibniz señaló que los principios de Ulpiano *neminem laedere, cuique suum tribuere* y *honeste vivere* reflejan la justicia en sus tres formas fundamentales tradicionales: conmutativa, distributiva y universal (SOLARI, ob. cit., t. I, 1946, p. 93).

La diferenciación del carácter consciente o inconsciente, y explícito o implícito, de los métodos nos parece importante pero no definitoria del nivel científico. Creemos que el descubrimiento de la metodología inconsciente o al menos implícita es también relevante (no obstante, Ferrater Mora, por ejemplo, indica que el método científico ha de ser explícito: FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, 5ª ed., Sudamericana, Buenos Aires, 1965, t. II, p. 197).

¹⁴ Respecto a la dialéctica de complementariedad e implicación y de polaridad, cabe c. por ej. REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 1969, t. II, ps. 142 y 325 y ss.; sobre método y objeto puede v. 1969, t. I, ps. 134 y ss.

dría decirse de cierto modo que toda ella tiene una perspectiva de Metodología Dikelógica¹⁵.

7. Mucho se ha discutido y se discute acerca de la diferenciación del *Derecho Privado* y el *Derecho Público*¹⁶. Entendemos que, a semejanza de las nociones de Derecho y de justicia, se trata de construcciones culturales. Si bien la distinción no ha de ser tajante, vale establecer diferenciaciones que, en este caso, se expresan en diversas *maneras de pensar* la justicia, específicamente en diferentes metodologías dikelógicas.

Reconocer la manera de construir el Derecho Privado, en esta oportunidad desde una perspectiva muy importante de la justicia, tiene gran significación para advertir cuál de las múltiples significaciones otorgamos a esta rama jurídica.

No existe un solo Derecho Privado, sino múltiples manifestaciones

¹⁵ Otros despliegues dikelógicos pueden v. por ej. en TRIGEAUD, Jean-Marc, *Introduction à la Philosophie du Droit*, Bière, Bordeaux, 1992, ps. 69 y ss.; *Humanisme de la liberté et Philosophie de la justice*, Bière, Bordeaux, 1985/90.

En cuanto a las teorías sobre la justicia cabe c. por ej. PERELMAN, Chaïm, *Éthique et Droit*, Université de Bruxelles, Bruxelles, 1990; asimismo los números 2 y 3 del “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”; también AA. VV., *La justicia en la Filosofía Jurídica y Social argentina*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1983.

La Metodología Dikelógica introduce racionalidad en el debate sobre la justicia, abre caminos de lógica al respecto y por eso no creemos conveniente seguir las ideas de quienes como Alf Ross consideran que la apelación a la justicia es persuasión, no argumento (v. por ej. ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. del Dr. Genaro R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963, p. 267).

¹⁶ Puede v. nuestro estudio *Derecho Público y Derecho Privado*, en L. L. 1979-D-956 y ss.

Goldschmidt considera al Derecho Privado marco del reparto autónomo y la paz, y al Derecho Público, ámbito del reparto autoritario y la guerra (GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 328).

Cabe c. otro sentido del debate entre lo público y lo privado, en nuestros días, en everything2, *Habermas and Rorty: Private Identity and Public Discourse (Part 2)*, http://everything2.com/index.pl?node_id=1526121, 22-1-2007.

No es sin motivo que Kelsen relacionó la paz y la guerra con dos técnicas, de cierto modo dos modos de creación (quizás métodos de creación) del Derecho, democrática y autoritaria (KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, trad. de Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1960, p. 182).

de lo que denominamos Derecho Privado, y esto sirve para reconocer la significación que adoptamos y las otras que pueden variar en un mismo ámbito cultural y ser distintas en la *Historia del Derecho* y el *Derecho Comparado*¹⁷.

b) *Los alcances, la dinámica y las situaciones de la Metodología Dikelógica en el Derecho Privado en general*

8.1. La Metodología Dikelógica en el Derecho Privado tiene *alcances* diferentes en lo material, personal, temporal y espacial; es *dinámica* y puede presentarse en *situaciones diferentes*¹⁸.

8.2.1. En cuanto a la *materia* del *Derecho Privado*, nos referiremos de manera particular al marco problemático del *Derecho Civil* y, en este campo, diferenciaremos los despliegues del *Patrimonio* y la *Familia*, considerándolos como relativamente “autónomos”¹⁹. El ámbito sucesorio adquiere caracteres diversos según se acerque más a lo patrimonial o a lo familiar, de modo que valdrán para él las referencias que hagamos respecto a uno u otro marco.

8.2.2. En relación con lo *personal*, atenderemos a la *escisión de la*

¹⁷ En cuanto a la Filosofía del Derecho Privado, pueden v. por ej. SOLARI, Gioele, *Filosofía del Derecho Privado*, trad. de Oberdan Caletti, Depalma, Buenos Aires, 1946/50; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Lecciones de Filosofía del Derecho Privado*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2003; RAI-SER, Ludwig, *Il compito del Diritto Privato*, trad. de Marta Graziadei, Giuffrè, Milano, 1990.

¹⁸ Cabe c. nuestra investigación *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1976 (reedición en *Investigación... cit.*, N° 37, ps. 85/140). Como la teoría de las respuestas jurídicas fue construida en parte sobre la base de la doctrina de la Parte General del *Derecho Internacional Privado clásico*, para interpretarla puede ser útil tener en cuenta dicha doctrina.

¹⁹ Es posible c. nuestros trabajos *Bases para la filosofía de la división “pentárquica” del Derecho Civil*, en *Investigación... cit.*, N° 9, ps. 17 y ss.; *Nuevamente sobre la Filosofía de la división pentárquica del Derecho Civil*, en *Investigación... cit.*, N° 28, ps. 75 y ss. También nuestras *Lecciones de Filosofía del Derecho Privado* cits.

cultura argentina que diferencia sectores hispánicos tradicionales y *anglofranceses*, los primeros con caracteres más comunitaristas, paternalistas y católicos tradicionales, y los segundos con rasgos más individualistas, abstencionistas y al fin caracterizables por cierta afinidad con la Reforma calvinista²⁰.

Los sectores hispánicos tradicionales tienen su principal exponente en la historia peninsular en Felipe II, uno de los adalides de la Contrarreforma, constructor del Monasterio-Palacio de El Escorial, donde se advierte la devoción profunda del monarca en la riqueza dirigida a Dios y la austeridad de sus aposentos personales.

En la historia argentina, donde se nutrieron por los aportes de la asimilación indígena y de los inmigrantes españoles e italianos del sur, los sectores hispánicos tradicionales son representables quizás por Cornelio Saavedra y seguramente por Juan Manuel de Rosas y Juan Domingo Perón. En el espacio literario, el llanto del gaucho, exponente claro de lo hispánico tradicional enfrentado por el sector anglofrancés, se muestra en *Martín Fierro*²¹.

Los sectores anglofranceses tienen un nítido exponente peninsular en Carlos III y, en lo arquitectónico, se evidencian en el suntuoso Palacio Real italianizante de Madrid. En la historia argentina, nutridos en su momento por el aporte norteamericano, son representados por Manuel Belgrano, Mariano Moreno, Bernardino Rivadavia, Juan B. Alberdi, Bartolomé Mitre, Domingo F. Sarmiento, Pedro E. Aramburu, Raúl Alfonsín, etcétera. En el campo literario, el diagnóstico del enfrentamiento de las dos culturas se muestra en *Facundo*. Como proyección de la cultura por él preferida, Sarmiento ideó, con especial destreza, una estrategia dirigida a anglofrancesar al país.

El Código Civil, encargado durante la presidencia de Bartolomé Mitre, entró a regir en 1871, bajo la presidencia de Sarmiento; en 1872 apareció la primera parte de *Martín Fierro*. Durante la presidencia

²⁰ Cabe c. nuestro artículo *La vida de la división "pentárquica" del Derecho Civil en la cultura argentina actual*, en J. A. 2006-I, fasc. 5, ps. 3/14 (en el t. 2006-I-1167 y ss.); también *Bases culturales del Derecho argentino*, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 27, ps. 113/126.

²¹ Puede v. nuestra *Comprensión jusfilosófica del "Martín Fierro"*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1984.

de Juan Domingo Perón, el Código Civil fue especialmente “acosado” por importantes legislaciones “paralelas”.

Estas diversidades expresan la complejidad personal con que puede construirse la justicia en el Derecho Privado argentino.

8.2.3. En cuanto a lo *temporal*, nos referiremos a las características generales de las etapas de la *historia de Occidente*, con particular consideración de la posmodernidad²².

Desde el punto de vista cultural, por ejemplo, la *Edad Media* pudo ser llamada Edad de la Fe; la *Edad Moderna* fue una Edad de la Razón y la Experiencia; quizás la *Edad Contemporánea* haya sido la Edad de la Ciencia y la Técnica. En la Edad Antigua el hombre valía como súbdito del Estado; en la Edad Media se agregó la dignidad de fiel de la Iglesia, pero la Edad Moderna culminó con el reconocimiento del hombre en su valor en sí.

Hoy, la *posmodernidad* se muestra en el debilitamiento del llamado “mito del sujeto consciente” y en un enorme desenvolvimiento tecnológico que se expresa en revoluciones en las comunicaciones, la información y la genética, especialmente en la aplicación a lo humano. Es posible que, dentro de no mucho, los hombres actuales resulten para los de entonces los “de vida corta”. Las fuerzas y las relaciones de producción de estos días parecen culminar la mundialización iniciada en la Edad Moderna en una globalización/marginación en la que, tal vez, se esté formando una estatalidad de alcance mundial en etapa hobbesiana de concentración del poder²³.

Como las etapas no son totalmente superadas, estas diversidades expresan la complejidad temporal con que puede construirse la justicia en el Derecho Privado.

²² Es posible v. nuestros *Estudios de Historia del Derecho*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000.

²³ Puede v. nuestro artículo *Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración*, en *Revista del Centro de Investigaciones...* cit., N° 24, ps. 41/56. Es posible c. nuestro trabajo *Privatización y Derecho Privado*, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 20, ps. 119 y ss.

8.2.4. Al referirnos al *espacio*, consideraremos los elementos que han dado origen a la cultura y la juridicidad de *Occidente* que las diversifican de otros grandes sistemas culturales y jurídicos²⁴.

Occidente nació en torno al *mar Mediterráneo*, un mar grande pero relativamente accesible, que contribuyó a dar al hombre occidental la audacia de ser “marítimo”, de renunciar a “tener piso”, tomando como tal a su propia audacia y su propia destreza. Asimismo promovió el activo desenvolvimiento *comercial y capitalista*.

Occidente recibió de *Grecia* la vocación antropocéntrica representable por el Partenón, un templo con edificación “airosa” y por la tensión vital de la tragedia; el conflicto entre lo apolíneo y lo dionisiaco; el sentido del “pecado triunfante” del mito prometeico; la vocación de saber sin límites de la Filosofía y la idea de la democracia, es decir, la audacia de tener un gobierno popular. *Roma* nos legó el sentido práctico de la vida evidenciado en el Coliseo y en caminos, puentes y acueductos, en la aptitud de administrar grandes espacios y en la capacidad de vincular “superficialmente” y hacer respetables a los hombres a través del desarrollo de la propiedad privada y la libertad de contratación.

El *judeocristianismo* aportó la referencia al modelo de una divinidad única; creadora; persona, no naturaleza; omnisciente, omnipotente y omnipresente, casi innombrable; irrepresentable; que se encarnó en un Hombre²⁵; llegó a enseñar el amor al enemigo y brindó el magnífico mensaje de las Bienaventuranzas.

La presencia *germánica* nos brindó el sentido de la individualidad en comunidad y reforzó el sentido de respeto a la mujer que de alguna manera también brindaba el judeocristianismo a través de la figura de la mujer virgen-madre. En algunas zonas, por ejemplo de España, la influencia *árabe musulmana*, en cambio, legó un sentido especial de predominio del varón.

La *Reforma* y la *Contrarreforma* con sus diversidades, más indi-

²⁴ Cabe c. nuestro trabajo *Visión sintética del Derecho Comparado desde el punto de vista cultural, con especial referencia al Derecho de Familia*, en *Investigación...* cit., N° 30, ps. 95 y ss.

²⁵ Superando así el relato adánico.

vidualistas o en apariencia más colectivas; la división entre países *monárquicos* y *republicanos*; los debates entre *liberalismo* y *socialismo* y la diversidad de sistemas económicos, hoy casi extinguida por el predominio *capitalista*, también contribuyeron a hacer de Occidente una cultura sumamente compleja, desenvuelta en equilibrio en constante cambiante²⁶.

En general, en la cultura occidental el Derecho Privado tiene rasgos más afines al *Derecho patrimonial*. Estos rasgos diferencian a su vez a Occidente de otros sistemas culturales y jurídicos, aunque la *globalización/marginación* tiende a hacer que las diferencias que considera el Derecho Comparado en ciertos aspectos se hagan Historia del Derecho²⁷. Puede decirse que el tradicional *made in* en la industria e incluso en el pensamiento tiende a ser reducido por el *made by*.

8.3. En la perspectiva *dinámica*, las vías de pensamiento de la justicia pueden avanzar, retroceder o ser sustituidas, en procesos de “plusmodelación”, “minusmodelación” y *sustitución*, en lo ideal y lo fáctico.

Tratando de encontrar los nombres que reflejen las distintas variaciones puede decirse que cuando la plusmodelación se dirige a lo ideal se produce inflación, si se refiere a lo fáctico se presenta sobreactuación y si se dirige a lo ideal y lo fáctico ocurre expansión de la respuesta. Si la minusmodelación sucede en lo ideal se produce deflación, si se refiere a lo fáctico hay vaciamiento y si ocurre en lo ideal y lo fáctico hay reducción de la respuesta. Según que la sustitución se produzca en uno de los despliegues o en ambos se presenta la suplantación ideal, fáctica o total.

8.4. Las vías de pensamiento de la justicia pueden presentarse en *situaciones de aislamiento, coexistencia de expresiones independientes, dominación, integración y desintegración*.

²⁶ Múltiples otras líneas de diferenciación del pensamiento de la justicia pueden presentarse, en lo personal, por ejemplo, según las *clases sociales*.

²⁷ Es posible v. nuestro artículo *Una tendencia de la realidad de nuestro mundo: la conversión del Derecho Comparado en Historia del Derecho*, en *Investigación...* cit., N° 20, ps. 107/108.

Estos tipos de situación, relacionables con los problemas del Derecho Internacional Privado clásico, se expresan principalmente en la aptitud de las diversas situaciones para “calificar” las realidades (determinar su alcance), viabilizar el fraude y desarrollar o excluir rechazos.

2. Metodología para el pensamiento de la justicia en el Derecho Privado

a) *Las clases de justicia*

9. En el marco del utilitarismo y en base a las enseñanzas aristotélicas sobre las clases de justicia hemos desenvuelto una clasificación que abarca varias parejas de clases, referidas a los repartos aislados y al régimen, desde los puntos de vista de los repartidores, los beneficiarios, los objetos, las formas y las razones.

a') *Las clases de justicia más vinculadas a los repartos aislados.*

a'') *Las clases de justicia en sí mismas.*

9.1. En vinculación con los repartos aislados cabe diferenciar la justicia:

a'') Consensual y extraconsensual (referidas a los repartidores, conforme se recorran o no caminos de acuerdo real o eventual)²⁸;

b'') con y sin consideración (“acepción”) de personas (relacionadas con los beneficiarios, según se atiende más a las personas o sólo a los “roles”);

c'') asimétrica y simétrica (referidas a los objetos, conforme a que la comparación de las potencias y las impotencias sea más difícil o fácil)²⁹;

d'') dialogal y monologal (relacionadas con la forma, según haya dos o más razones o una sola razón de justicia)³⁰, y

e'') conmutativa y espontánea (referidas a las razones, conforme haya o no “contraprestaciones”).

²⁸ La teoría rawlsiana es en definitiva una muestra de justicia consensual.

²⁹ La moneda es un relevante instrumento de la justicia simétrica.

³⁰ Una expresión de posibilidades de la justicia dialogal es la justicia alternativa.

b'') *Los alcances de las clases de justicia.*

a''') *Las clases de justicia y su proyección en lo material.*

9.2.1.1. En lo *material*, el espacio *patrimonial*, sobre todo cuando es contractual, suele ser más fácilmente pensable por las vías de la justicia consensual, sin consideración de personas, simétrica, dialogal y conmutativa.

Aunque cabe diferenciar el acuerdo como camino del pensamiento y el acuerdo como contenido, es claro que el campo contractual se nutre de ambos; en este caso nos interesa su relación especial con el sendero de la justicia consensual. En el Derecho patrimonial más que las personas son habitualmente relevantes los roles³¹. Podría decirse que se desenvuelve en ciertas condiciones de “indiferencia” personal.

El patrimonio se desarrolla en gran medida a través de la moneda como simetrizadora de las potencias y las impotencias. En los contratos suele reinar la “conmutatividad” de la “contraprestación” (compraventa, permuta, locación, etc.). En la concepción tradicional de los derechos reales³², como relación directa del titular con la cosa, se muestra más la justicia monologal; en la construcción que compartimos, de vinculación del titular con el resto de la sociedad respecto de la cosa, se desenvuelve la justicia dialogal.

9.2.1.2. El ámbito *familiar*, al menos en su sentido relativamente tradicional, suele ser más fácilmente desarrollable por los caminos de la justicia extraconsensual, con consideración de personas, asimétrica, monologal y espontánea³³. En la familia hay cierto sentido de

³¹ Pueden v. nuestros trabajos *Significados jusfilosóficos de los contratos*, en *Investigación... cit.*, N° 10, ps. 33 y ss.; *Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)*, en *Investigación... cit.*, N° 26, ps. 20 y ss.; *Un ejemplo de Teoría General del Derecho: La cadena conceptual “contrato-obligación-propiedad-patrimonio-persona”*, en *Investigación... cit.*, N° 32, ps. 77/8.

³² Es posible v. nuestros artículos *Meditaciones filosófico-históricas sobre la ubicación y el cuadro de los derechos reales*, en E. D. 100-886 y ss.; *Meditaciones filosófico-históricas acerca de los modos de adquirir el dominio*, en *Juris*, t. 69, ps. 219 y ss.

³³ Cabe c. nuestros trabajos *Bases para la comprensión jusfilosófica del Derecho*

“autoridad” extraconsensual; más allá de los roles que recortan la personalidad importan las personas en su totalidad y las potencias e impotencias tienden a ser muy específicas, sin que sean muy exitosos los denominadores comunes para simetrizarlas (la moneda tiende a “corromper” el espacio familiar). En este ámbito suele imponerse la razón familiar³⁴ e impera cierto sentido de “donación”, de carácter espontáneo.

b’’) *Las clases de justicia y su proyección en lo personal.*

9.2.2. En el campo *personal* el sector *hispanico tradicional* suele ser más afín al pensamiento jusprivatista extraconsensual, con consideración de personas, asimétrico y espontáneo. En cambio, el sector *anglofrancés* se vale más de los senderos consensuales, sin consideración de personas, simétricos y conmutativos.

c’’) *Las clases de justicia y su proyección en lo temporal.*

9.2.3. En la referencia *temporal*, a diferencia de otros tiempos como la *Edad Media*, que se valió más de la justicia extraconsensual³⁵, con consideración de personas, asimétrica y espontánea, la *posmodernidad* recorre principalmente caminos privatistas de justicia consensual, sin consideración de personas, simétrica y conmutativa, aunque un intercambio de planteos hace que a veces se “publicite” el Derecho Privado y se “private” el Derecho Público.

d’’) *Las clases de justicia y su proyección en lo espacial.*

9.2.4. En lo *espacial*, el pensamiento *occidental* privatista se orienta de manera especialmente significativa por sendas de justicia consensual, sin consideración de personas, simétrica y conmutativa.

de Familia, en *Investigación...* cit., N° 17, ps. 17 y ss.; *Comprensión trialista del Derecho de Familia*, en *Investigación...* cit., N° 23, ps. 11 y ss.; *Jusfilosofía del Derecho de Familia en la posmodernidad*, en *Investigación...* cit., N° 29, ps. 17 y ss.; *Filosofía del Derecho de Familia*, en *Investigación...* cit., N° 34, ps. 15/40.

³⁴ La radicalización de la razón “familiar” se manifiesta, por ejemplo, en el nepotismo y en la mafia.

³⁵ El feudalismo tenía, sin embargo, cierto sentido contractual.

c'') *La dinámica de las clases de justicia.*

9.3. En cuanto a la *dinámica* de las clases de justicia, en nuestros días, en concordancia con la patrimonialización del Derecho Privado y de la vida jurídica en general, se desenvuelve la *plusmodelación* al menos fáctica y a menudo también ideal de la justicia consensual, sin consideración de personas, simétrica y conmutativa, frente a una *minusmodelación*, también al menos fáctica pero también ideal de la justicia extraconsensual, con consideración de personas, asimétrica y espontánea. Esto significa que hay al menos una *sobreactuación* e incluso una *expansión* de las clases de justicia mencionadas en primer término frente a un vaciamiento e incluso una reducción de las clases referidas en segundo lugar. Tal vez pueda sostenerse que avanza la justicia relativa económica sobre la justicia absoluta.

d'') *La situación de las clases de justicia.*

9.4. La justicia privatista consensual, sin consideración de personas, simétrica y conmutativa *domina* los senderos opuestos a través de las posibilidades de calificar las situaciones, permitir el fraude sobre dichos caminos diversos y privar a éstos de la posibilidad de resistir sus avances.

b') *Las clases de justicia más vinculadas al orden de repartos.*

a'') *Las clases de justicia en sí mismas.*

10.1. En relación con el régimen³⁶ es posible distinguir la justicia:

a'') "Partial" y gubernamental (referidas a los repartidores, según los caminos provengan de adjudicaciones de partes o el todo);

b'') sectorial e integral (relacionadas con los beneficiarios, conforme las sendas se dirijan a partes o el todo);

c'') de aislamiento y de participación (referidas a los objetos, separados o compartidos);

d'') absoluta y relativa (relacionadas con la forma, con dos miembros o cuatro, en este caso por igualdad de trato), y

³⁶ Quizás puedan aplicarse a los *conjuntos de repartos*.

e'') particular y general (vinculadas con las razones, conforme se atiende al bien particular o el del complejo)³⁷.

b'') *Los alcances de las clases de justicia.*

a''') *Las clases de justicia y su proyección en lo material.*

10.2.1.1. En lo privatista *material* el enfoque *patrimonial*, sobre todo cuando es contractual, es más fácilmente pensable según los senderos de la justicia “partial”, sectorial, de aislamiento y particular, clase ésta cuyas exigencias caracterizan al fin al Derecho Privado. En los contratos la justicia se origina en las partes (justicia “partial”) y se dirige a partes (“justicia sectorial”). Es posible que en ellos impere también la justicia absoluta, al menos si se piensa en el ejemplo aristotélico de la justicia contractual³⁸, pero el capitalismo se vale en gran medida de la justicia relativa para la fijación de los precios.

³⁷ Puede decirse que la justicia general se refiere al bien del complejo como *bien común*.

La importancia de la justicia general se advierte especialmente en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino (*Suma Teológica*, II-IIae, q. 58, art. 5, pueden v. Orden de Predicadores, *Suma Teológica*, <http://www.dominicos.org/publicaciones/biblioteca/suma3.htm>, 19-1-2007; también *Suma Teológica*, Santo Tomás de Aquino, <http://www.hjg.com.ar/sumat/c/c58.html#a6>, 19-1-2007). En relación con el debate respecto de la justicia general en las ideas del Aquinate, es posible v. por ej. TRIGEAUD, Jean-Marc, *Éléments d'une Philosophie Politique*, Bière, Bordeaux, 1993, ps. 125 y ss.

Además cabe c. por ej. *Società Italiana di Filosofia Politica*, 24-4-2006; BASSO, Luca, *Comunanza e dinamismo nella filosofia politica di Leibniz*, <http://www.sifp.it/articoli.php?idTem=3&idMess=482>, 20-1-2007; asimismo, BASSO, Luca, *Isonomia, Inquietudine e politica in Leibniz*, 2005, Istituto di Filosofia Arturo Massolo, <http://www.uniurb.it/Filosofia/isonomia/basso2006.pdf>, 19-1-2007.

Sin perjuicio de los debates entre posiciones más o menos individualistas o comunitaristas, pactistas u organicistas de raíces tradicionales, cabe considerar la vinculación de la justicia general con las posiciones holistas (es posible v. por ej. DAIS, Laird [L. A.], *Holism y Methodological holism*, en AUDI, Robert [ed.], *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, reimpresión de 1997, Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, ps. 335/6 y 492).

La tensión entre bien común y distribución puede v. por ej. en BARRY, Brian, *La justicia y el bien común*, en QUINTON, Anthony (rec.), *Filosofía Política*, trad. de E. L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, ps. 290 y ss.

³⁸ Así parece haberlo entendido Aristóteles: “Pero lo justo en los contratos consiste en una cierta igualdad; lo injusto, en una cierta desigualdad. Sin embargo, no podría

En los derechos reales hay cierta proximidad mayor a la justicia gubernamental, integral y general. Dichas cercanías los relacionan de alguna manera con el Derecho Público, sobre todo en cuanto éste es caracterizado al fin por requerimientos de justicia general.

10.2.1.2. En el ámbito *familiar* tradicional hay más afinidad con el pensamiento de participación y general. Esta última clase de justicia es característica final del Derecho Público, al punto que se ha pensado que el Derecho de Familia puede ser un “tercer género” entre el Derecho Privado y el Derecho Público³⁹. Tal vez exista también mayor cercanía con la justicia absoluta y en cierta medida con la justicia gubernamental e integral⁴⁰.

hacerse cuestión de la proporción geométrica, sino de la proporción aritmética” (ARISTÓTELES, *Ética...* cit., Lib. V, Cap. 2, 1131 b/1132 a, ps. 1230/1).

³⁹ Cabe recordar los debates acerca del carácter público o privado del Derecho de Familia, en los que se han considerado opiniones de Cicu, Messineo, Frosini, Cassano, etc. (puede v. por ej. CASSANO, Giuseppe, *Introduzione al Diritto di Famiglia [Parte I]*, Dirittosuweb.com, <http://www.dirittosuweb.com/aree/rubriche/record.asp?idrecord=443&cat=12, 20-2-2007>).

⁴⁰ Es posible diferenciar otras clases de justicia: *rectora* y *correctora*, “de partida” y “de llegada” (en este caso en afinidad con el progreso) y la equidad. Cabe c. nuestros trabajos *Estudios de Filosofía...* cit., t. II, p. 62; *Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)*, en E. D. 123-715 y ss., y *Comprensión jusfilosófica de la equidad*, en E. D. 155-685 y ss.

Respecto de la concepción dinámica de la justicia en las ideas de Leibniz, pueden v. *Società Italiana di Filosofia Politica*, 24-4-2006; BASSO, Luca, *Comunanza e dinamismo nella filosofia politica di Leibniz*, <http://www.sifp.it/articoli.php?idTem=3&idMess=482, 20-1-2007>. Un relativo compromiso de la justicia de llegada con la partida es el sentido que puede darse a la *justicia restaurativa* (con referencia a esta línea problemática cabe c. v. gr. Prison Fellowship International, Restorative Justice on line, <http://www.restorativejustice.org/>, 20-1-2007; KEMEL-MAJER DE CARLUCCI, Aída, *Justicia restaurativa*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004; también por ej. Europa, Actividades de la Unión Europea, Cooperación judicial en materia penal, Red europea de puntos de contacto para la justicia reparadora, <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l33206.htm, 20-1-2007>; DAVID, Pedro R., *Justicia Reparadora, Restitutiva, Restaurativa; Mediación Penal y Probation*, <http://www.apdp.com.ar/archivo/jusrapar.htm, 20-1-2007>). Otra perspectiva significativa, de referencia a la justicia de llegada, es la función *promocional* del Derecho (BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del Derecho*, ed. a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Torres, Valencia, 1980, ps. 276 y ss.).

En relación con los senderos del pensamiento de la justicia también puede c. v.

b'') *Las clases de justicia y su proyección en lo personal.*

10.2.2. En el enfoque *personal* el sector *hispanico tradicional* remite más el Derecho Privado a la justicia gubernamental, integral, de participación, absoluta y general, en tanto el anglofrancés se vale más de la justicia “parcial”, sectorial, de aislamiento, relativa y particular. El segundo es en principio más privatista que el primero.

c'') *Las clases de justicia y su proyección en lo temporal.*

10.2.3. En el despliegue privatista *temporal* la *Edad Media* se relacionó más con la justicia de participación y absoluta, en tanto la *posmodernidad* se vale más de la justicia de aislamiento y relativa. La noción de “justo precio”, afín a la justicia absoluta, es mucho más referida en la Edad Media. Ambos períodos se vinculan de modo considerable con la justicia “parcial” y sectorial.

d'') *Las clases de justicia y su proyección en lo espacial.*

10.2.4. En el enfoque *espacial* la cultura *occidental* tiene cierta afinidad privatista mayor con la justicia “parcial”, sectorial, de aislamiento, relativa y particular. Puede decirse que Occidente es, por ello, una cultura más “privatista”.

c'') *La dinámica de las clases de justicia.*

10.3. En nuestros días, en concordancia con la referida patrimonialización del Derecho Privado y de la vida jurídica en general, se desenvuelve cierta *plusmodelación* al menos fáctica y a menudo también ideal de la justicia “parcial”, sectorial, de aislamiento, monologal económica y particular frente a una *minusmodelación*, también al menos fáctica pero también ideal de la justicia gubernamental, integral, de participación, absoluta económica y general. Esto significa que hay al menos una sobreactuación e incluso una expansión de las clases de justicia mencionadas en primer término frente a un vaciamiento e in-

gr. nuestro artículo *Aportes a la Culturología Jurídica. Los hitos y los paradigmas de la cultura jurídica*, en *Investigación...* cit., N° 38, ps. 9/49.

cluso una reducción de las clases referidas en segundo lugar. Tal vez pueda hacerse referencia a una sustitución de las clases de justicia.

d') *La situación de las clases de justicia*

10.4. Hoy la justicia privatista “parcial”, sectorial, de aislamiento y particular *domina* a menudo los senderos opuestos a través de las posibilidades de calificar las situaciones, permitir el fraude sobre dichos caminos diversos y privar a éstos de la posibilidad de resistir sus avances.

b) *La pantonomía de la justicia*

a') *La pantonomía de la justicia en sí misma.*

11.1. Uno de los aportes muy significativos de la obra goldschmidiana es destacar que la justicia es una categoría “pantónoma”, referida a la totalidad de las adjudicaciones razonadas⁴¹ pasadas, presentes y futuras y también a cada reparto y los demás, a los antecedentes y las consecuencias y a los complejos en lo personal, lo temporal y lo “real” (material)⁴².

La pantonomía exhibe a la justicia como una referencia *compleja*. Dado el carácter enorme de esa proyección con respecto a nuestras posibilidades, porque no somos omniscientes ni omnipotentes y no podemos abarcarla, nos vemos en la necesidad de *fraccionarla* produciendo seguridad jurídica⁴³.

⁴¹ La comprensión racional de las adjudicaciones es otro de los métodos de la Metodología Dikelógica. Lo que se valora son *adjudicaciones (repartos y distribuciones) razonados*.

⁴² Pantonomía: pan = todo; nomos = ley que gobierna.

⁴³ Derrida sostuvo que “La justicia es una experiencia de lo imposible”; “...una distinción entre la justicia y el derecho, una distinción difícil e inestable entre de un lado la justicia (infinita, incalculable, rebelde a la regla, extraña a la simetría, heterogénea y heterótropa), y de otro, el ejercicio de la justicia como derecho, legitimidad o legalidad, dispositivo estabilizante, estatutorio y calculable, sistema de prescripciones reguladas y codificadas” (DERRIDA, Jacques, *El fundamento místico de la autoridad*, trad. de Adolfo Baterá y Patricio Peñalver Gómez, Derrida en castellano, Fuerza de ley, http://www.jacquesderrida.com.ar/textos/derecho_justicia.htm, 16-2-2007, Tecnos, Madrid, 1997).

b') *Los alcances de la pantonomía de la justicia.*

a'') *La pantonomía de la justicia y su proyección en lo material.*

11.2.1.1. La materialidad *patrimonial* se relaciona especialmente con el complejo real. Suele fraccionarlo produciendo seguridad jurídica en ámbitos como los contratos y los derechos reales diversos de la propiedad. Ésta, en cambio, tiene pocos límites en sus alcances materiales, pues tiende a abarcar la plenitud del objeto. La propiedad recorta las consecuencias, poniendo al propietario a resguardo de contingencias y de los avatares del porvenir. Con estos fraccionamientos el propietario obtiene seguridad jurídica.

El campo patrimonial se orienta a generar un equilibrio entre el recorte temporal y material de los contratos y los derechos reales diversos de la propiedad, y la perdurabilidad de la propiedad. La prescripción limita, sin embargo, la temporalidad en cuanto al pasado, generando seguridad⁴⁴.

11.2.1.2. En el ámbito *familiar* el pensamiento de la justicia suele recorrer el camino del complejo personal, cuyo alcance hay que establecer. En general, se trata de un complejo sólido y a menudo es nítidamente delimitado. Las consecuencias son recortadas en el sentido de que resultan difusas en el grupo; en la familia lo favorable y lo perjudicial suelen ser compartidos, lo que sucede les acontece de cierto modo a todos. Las instituciones familiares son en general más perdurables que las patrimoniales, con cierto recorte de lo que ha sucedido o sucederá. Se trata de un ámbito de perdón y de esperanza.

Aunque ahora se han difundido ciertos desfraccionamientos, como la apertura al divorcio vincular, todos esos fraccionamientos, en el complejo personal, las consecuencias y las variaciones temporales hacen del ámbito familiar un espacio de especial seguridad.

b'') *La pantonomía de la justicia y su proyección en lo personal.*

11.2.2. En lo *personal*, el sector *hispanico tradicional* tiende a des-

⁴⁴ Es posible c. nuestro artículo *Comprensión jusfilosófica de la prescripción*, en *Investigación...* cit., N° 17, ps. 23 y ss.

fraccionar el complejo personal y a fraccionar las consecuencias, haciendo que todos participen en el hacer y en los resultados del desenvolvimiento privatista. En cambio, el sector *anglofrancés* suele fraccionar el complejo personal y desfraccionar las consecuencias, de modo que el hacer y las consecuencias sean más individuales. El sector hispánico tradicional tiene una referencia mayor al pasado.

c'') *La pantonomía de la justicia y su proyección en lo temporal.*

11.2.3. La evolución del *tiempo* ha ido promoviendo ciertos sentidos de individualidad que llevan al desfraccionamiento de las consecuencias. Además se suele fraccionar el pasado e incluso en ciertos sectores de la *posmodernidad* se recorta el porvenir. Estos fraccionamientos, también presentes en el Derecho Privado, tienen sobre todo el sentido de evitar mediante un permanente presente el “vértigo” que puede provocar el cambio de era de la Historia.

d'') *La pantonomía de la justicia y su proyección en lo espacial.*

11.2.4. En la perspectiva *espacial*, la cultura privatista *occidental* se orienta particularmente al desfraccionamiento de las consecuencias y sobre todo al fraccionamiento del pasado. No obstante, pese a haber sido una cultura especialmente “futuriza” se inclina ahora a un relativo recorte generalizado del porvenir en el desenvolvimiento de un permanente presente. Tal vez esto se relacione con el predominio del contrato sobre los derechos reales y la familia.

b') *La dinámica de la pantonomía de la justicia.*

11.3. En nuestros días hay *plusmodelación*, sobre todo fáctica, de los enfoques materiales (en el sentido de reales) contractuales, y *minusmodelación* fáctica, por vaciamiento, del complejo personal, por ejemplo familiar e incluso de la propiedad. Esa sobreactuación y este vaciamiento se expresan en el reinado de lo *descartable* y lo *efímero*.

En general hoy el presente privatista se *plusmodela* y, en cambio, se *minusmodela*, al menos fácticamente, al pasado y al porvenir. A menudo el futuro se recorta en el corto plazo, verbigracia, en el referido predominio del contrato y en el acortamiento de los plazos de prescripción.

El corte de las proyecciones personales, materiales de propiedad y del tiempo desfracciona los otros sentidos de la pantonomía y produce un clima de inseguridad. La seguridad existente es con frecuencia sólo una invocación de *materialidad* contractual.

c') *La situación de la pantonomía de la justicia.*

11.4. Entre las características del desenvolvimiento del pensamiento jusprivatista de la justicia en nuestros días cabe señalar la fuerte *dominación* del presente y el futuro de corto plazo sobre el pasado y el futuro distante. El presente califica al pasado y al futuro

c) *Las perspectivas metodológicas de la justicia del reparto aislado*

a') *Las perspectivas de la justicia del reparto aislado.*

12.1. El principio supremo de justicia que se adopte puede aplicarse a la consideración de los *repartidores*, los *recipiendarios*, los *objetos*, la *forma* y las *razones* de los repartos. La atención a estos enfoques, con prescindencia de los resultados que se obtengan, es ya un despliegue metodológico.

La justicia de los repartidores puede calificarlos por el consenso de los interesados, constitutivo de la *autonomía*, o la superioridad moral, científica o técnica, denominada *aristocracia*.

La justicia de los recipiendarios puede calificarlos por la *conducta* (mérito) o la *necesidad* (merecimiento).

La justicia de los objetos de los repartos es considerable en cuanto a la *vida* (darla y quitarla), la *propiedad*, etcétera.

La forma ha de encararse según los caminos de mayor audiencia del *proceso* y la *negociación* o la menor audiencia de la mera imposición y la mera adhesión.

Las razones constituyen la *fundamentación*.

b') *Los alcances de la justicia del reparto aislado.*

a'') *La justicia del reparto aislado y su proyección en lo material.*

12.2.1.1. En la perspectiva *material patrimonial* los enfoques contractuales suelen referirse principalmente a la justicia de los repartidores

(brindando especial relieve a los repartidores autónomos). En los enfoques referidos a los derechos reales la consideración más importante está dirigida al objeto, es decir a las potencias y las impotencias.

12.2.1.2. En el enfoque *familiar*, quizás los despliegues más relevantes sean los de los beneficiarios, que han de mantenerse unidos, en amplitud de perspectivas de las potencias y las impotencias, sobre todo cuando esos objetos se relacionan con el dar vida.

b'') *La justicia del reparto aislado y su proyección en lo personal.*

12.2.2. El sector *hispanico tradicional* tiende a pensar la justicia privatista con más sentidos de justicia del objeto. En cambio el sector *anglofrancés* se remite más a los repartidores. De cierto modo, el primero atiende más a los merecimientos y el segundo considera más los méritos.

c'') *La justicia del reparto aislado y su proyección en lo temporal.*

12.2.3. A través de la modernidad y sobre todo en la *posmodernidad* la justicia privatista fue incrementando la referencia a la justicia de los repartidores. Sin embargo, en nuestros días en ciertos campos se incrementa la atención a los beneficiarios y los objetos del reparto, como sucede en la protección de los consumidores⁴⁵. Además, al menos en el ámbito judicial aumenta la importancia de la consideración de las razones a través de la argumentación.

d'') *La justicia del reparto aislado y su proyección en lo espacial.*

12.2.4. Lo recién expuesto acerca de la modernidad y la *posmodernidad* es válido para caracterizar también a la cultura privatista *occidental*.

b') *La dinámica de la justicia del reparto aislado.*

12.3. En nuestros días hay una importante *plusmodelación*, fáctica e incluso ideal, de la referencia a los repartidores y también a los beneficiarios y la forma, en concordancia con la relativa contractua-

⁴⁵ En cuanto a la protección del consumidor cabe c. ANDORNO, Luis Orlando, *Mercosur: Algunas nociones básicas en la armonización de la legislación en la defensa del consumidor*, en *Derecho de la Integración*, 9, ps. 1/17.

lización del Derecho Privado. La justicia de estos aspectos se expande o al menos sobreactúa. Por el contrario, se produce cierta *minusmodelación* de la referencia al objeto, también más vinculado a una profundidad de consideraciones que nuestra cultura no puede sustentar. La justicia relacionada con el objeto se reduce o a veces es vaciada. Sin embargo, en ciertos aspectos como la protección del consumidor, la combinación de la justicia de los beneficiarios, los objetos e incluso la forma prevalece sobre la atención a la justicia de los repartidores (autónomos), por la intervención de repartidores democráticos (“infra-autónomos”) o aristocráticos⁴⁶.

c’) *La situación de la justicia del reparto aislado.*

12.4. En concordancia con lo señalado precedentemente cabe indicar que la justicia de los repartidores e incluso de los beneficiarios y la forma tiende a *dominar* la justicia del objeto del reparto. En el campo judicial, tiene también relevancia la justicia de las razones a través de la argumentación utilizada para fundamentar.

c’) *Las perspectivas metodológicas de la justicia del régimen*

a’’) *Las perspectivas de la justicia del régimen.*

13. En el planteo trialista originario, la consideración de la justicia del régimen ha de referirse a sus *finés*, sus *perspectivas humanas* y los *medios* para su realización. Los fines plantean el carácter humanista (abstencionista o intervencionista)⁴⁷ o totalitario; las perspectivas humanas se refieren a los sentidos de unicidad⁴⁸, igualdad⁴⁹ y comu-

⁴⁶ Pese a tales diversidades, en definitiva mayoritariamente la consideración de la justicia de los repartidores e incluso los beneficiarios y la forma sustituye con frecuencia a la consideración de la justicia del objeto.

⁴⁷ El humanismo intervencionista puede ser llamado paternalista. En el número 5 de *Doxa* se publicó un importante debate sobre paternalismo jurídico, con aportes de Ernesto Garzón Valdés, Paulette Dieterlen, Victoria Camps, Manuel Atienza, Eligio Resta y Javier Lucas.

⁴⁸ La unicidad requiere liberalismo político. Puede v. nuestra tesis doctoral *El liberalismo político desde el punto de vista jurídico*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Rosario, 1969.

⁴⁹ La igualdad requiere democracia.

nidad⁵⁰ y los medios enfrentan a la protección de los individuos contra los demás individuos como tales y como régimen⁵¹, los propios individuos y “lo demás” (enfermedad, pobreza, ignorancia, soledad, desempleo, etc.). También la atención a estos enfoques, con prescindencia de los resultados que se obtengan, es ya un despliegue metodológico.

b'') *Los alcances de la justicia del régimen.*

a'') *La justicia del régimen y su proyección en lo material.*

13.2.1.1. En lo privatista *patrimonial* suelen ser fuertes las referencias al humanismo abstencionista, a la unicidad, y a la protección del individuo contra los demás como individuos y como régimen, y frente a lo demás en cuanto a pobreza, miseria, desempleo, etcétera.

13.2.1.2. En lo *familiar* a menudo son más consistentes las remisiones al humanismo intervencionista, la comunidad y el amparo contra el propio individuo y lo demás incluyendo en lugar destacado la soledad.

b'') *La justicia del régimen y su proyección en lo personal.*

13.2.2. En lo privatista el sector *hispanico tradicional* suele dar primacía al humanismo intervencionista, a la comunidad y a la protección del individuo contra sí mismo y lo demás. En ese marco prevalece cierta idea de intervención en el contrato y de propiedad en función social. El sector *anglofrancés* tiende a hacer prevalecer el hu-

⁵⁰ Goldschmidt se refiere a la fraternidad.

La comunidad requiere el desenvolvimiento de la *res publica*.

⁵¹ En la protección del individuo contra el régimen cabe considerar el fortalecimiento del individuo, el debilitamiento del régimen y, de modo especial, el resguardo de las minorías (pueden v. por ej. Will Kymlicka's Homepage, <http://post.queensu.ca/~kymlicka/>, 4-1-2007; ELOSEGUI ITXASO, María, *Kymlicka en pro de una ciudadanía diferenciada*, en *Doxa*, 20, ps. 477 y ss.; en la gran cantidad de bibliografía respecto de las minorías, cabe recordar por ej. CASAS, Bartolomé de las, *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*, Madrid, Cambio 16, 1992; asimismo es posible c. por ej. PRIETO SANCHÍS, Luis [coord.], *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996).

manismo abstencionista, la unicidad y la protección del individuo respecto del régimen. En este ámbito el contrato y la propiedad tienen mayor libertad.

c'') *La justicia del régimen y su proyección en lo temporal.*

13.2.3. Uno de los rasgos de la modernidad fue el amplio apoyo que dio a la protección del individuo contra el régimen mediante la afirmación de la propiedad privada y la libertad de contratación. Estos rasgos se mantienen de manera considerable en la *posmodernidad*, sobre todo cuando se trata de la vida internacional⁵².

d'') *La justicia del régimen y su proyección en lo espacial.*

13.2.4. La cultura *occidental* es uno de los grandes bastiones del desarrollo del Derecho Privado mediante el abstencionismo, la unicidad y el amparo del individuo frente a los demás y el propio régimen.

c') *La dinámica de la justicia del régimen.*

13.3. En nuestros días, en concordancia con la patrimonialización contractualista, hay *plusmodelación* del humanismo abstencionista, la unicidad y cierto sentido de igualdad y del amparo de los individuos frente a los demás y lo demás como pobreza, ignorancia y desempleo. En cuanto a la plusmodelación del humanismo abstencionista, hay que atender a que ella es más ideal que fáctica, pues la intervención que retrocede a menudo desde el Estado avanza desde las fuerzas económicas y de la comunicación. Se manifiesta, por el contrario, cierta *minusmodelación* del humanismo intervencionista, la comunidad y el resguardo respecto del propio individuo y la soledad.

d') *La situación de la justicia del régimen.*

13.4. En el Derecho Privado actual el humanismo abstencionista, la unicidad y la igualdad y el resguardo respecto de lo demás como

⁵² La autonomía conflictual y material, la *lex mercatoria* y la Organización Mundial del Comercio son muestras del fuerte desarrollo de la afirmación de la propiedad privada y la libertad de contratación en lo internacional.

pobreza, ignorancia y desempleo *dominan* al humanismo intervencionista, la comunidad y el amparo ante el propio individuo y lo demás como soledad. El hombre de nuestro tiempo posmoderno está a menudo radicalmente solo. Hay una fuerte referencia al resguardo contra la enfermedad, del que a veces se hace cargo el Derecho Privado⁵³.

⁵³ En *La conjetura del funcionamiento...* cit. hemos desarrollado una perspectiva más estrictamente dialéctica del régimen de justicia. Según ese desarrollo, el Método Dikelógico, referido a todos los despliegues sociológicos y normológicos del mundo jurídico, abarca: 1) *Concepto de la justicia como valor*; 2) *Perspectivas especiales de la justicia*; 1') *Axiología Dikelógica*; 1'') La justicia aislada; a) Estructura de la justicia; b) Clases de justicia; c) Fuentes de la justicia; d) Funcionamiento de la justicia; e) Productos de la justicia; 2'') La justicia en el complejo axiológico; a) Concepto de complejo axiológico; b) Estructura del complejo axiológico; c) Clases de complejos axiológicos; d) Fuentes del complejo axiológico; e) Funcionamiento del complejo axiológico; f) Productos del complejo axiológico; 2') *Axiosofía Dikelógica*; 1'') La justicia de los repartos y de las normas; 1''') La justicia de los repartos aislados; a) Concepto de reparto; b) Estructura del reparto; c) Clases de repartos; d) Origen de los repartos; e) Funcionamiento de los repartos; 2''') La justicia de las normas aisladas; a) Concepto de norma; b) Estructura de la norma; c) Clases de normas; d) Fuentes de las normas; e) Funcionamiento de las normas; f) Productos de las normas; 2'') La justicia del orden de repartos y del ordenamiento normativo; 1'') La justicia del orden de repartos; a) Concepto de orden de repartos; b) Estructura del orden de repartos; c) Clases de órdenes de repartos; d) Origen del orden de repartos; e) Funcionamiento del orden de repartos; 2'') La justicia del ordenamiento normativo; a) Concepto de ordenamiento normativo; b) Estructura del ordenamiento normativo; c) Clases de ordenamiento normativo; d) Origen del ordenamiento normativo; e) Funcionamiento del ordenamiento normativo; f) Productos del ordenamiento normativo.

**LA QUIEBRA Y LAS RELACIONES
JURÍDICAS NO CONTRACTUALES
(y la inexigibilidad de las obligaciones
unilaterales frente a la quiebra)**

por JUAN MALCOLM DOBSON*

(“Festschrift” LUIS O. ANDORNO)

SUMARIO: A. Las relaciones contractuales cuentan con un sistema tradicional en materia de insolvencia, no así los restantes actos jurídicos. 1. Los actos ilícitos frente a la quiebra del responsable. 2. Obligaciones nacidas de la ley. 2.1. Alimentos. 2.2. Obligaciones impositivas. 3. Actos unilaterales vinculantes. Promesas vinculantes. Los actos unilaterales frente a la quiebra. 3.1. Las ofertas. Caducidad de las ofertas en caso de quiebra. 3.2. Promesa pública de recompensa (arts. 2532 y 2533, Cód. Civ.). 3.3. Llamado a concurso. 3.4. Promesa de fundación (Ley de Fundaciones 19.836/1972, art. 1806, Cód. Civ.). 3.5. La promesa “abstracta” de pago. 3.6. Fianza legal o judicial constituida como acto unilateral antes de que fuera aceptada por el acreedor (art. 1987, Cód. Civ.). 3.7. Oferta pública de títulos valores, ley 17.811 (1968). 3.8. Testamentos. 4. Las relaciones jurídicas derivadas de hechos jurídicos (títulos valores). 4.1. Protesto de títulos. B. Inexigibilidad de indemnización de daños y perjuicios frente a la quiebra del obligado.

La declaración judicial de insolvencia afecta a las relaciones jurídicas de diversa forma, según el tipo de relación de que se trate y teniendo en mira a la recomposición del patrimonio del fallido para encontrar un posible remedio jurídico a la situación irremediamente comprometida en que se encuentra.

* Profesor Titular Ordinario de Derecho Comercial III, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

Analizaré ahora las diversas fuentes de las obligaciones y algunas de las modificaciones a que son sometidas en función de poner orden en las necesidades del conjunto de acreedores insatisfechos, en vistas de una satisfacción que les reconozca justicia distributiva (“orden público concursal”).

De las varias especies de obligaciones no contractuales, las que menor influencia sufren por la declaración de insolvencia son los hechos ilícitos. Prácticamente no sufren otros efectos que los genéricos en materia de obligaciones (arts. 125/142, LCQ). Los que más sufren son los actos unilaterales, ya que no tendrán efectos frente a la quiebra. Frente a éstos se alzan los contratos como la categoría más regulada, ya que son las obligaciones que tienen una presencia más significativa en el ámbito concursal. A ellos están destinados los artículos 143/151, 153/154 y 157/158 de la LCQ.

Puede extraerse en primer término del derecho de la insolvencia argentino una regla que señala que sólo los actos onerosos perfeccionados (contractuales y ciertas obligaciones derivadas de relaciones de hecho) y las obligaciones derivadas de actos ilícitos podrán ser opuestos plenamente a los acreedores de un deudor declarado en quiebra.

Los actos a título gratuito son ineficaces de pleno derecho frente a los acreedores en una quiebra si hubieran sido celebrados dentro del período de sospecha (art. 118, inc. 1º, LCQ). En caso de haber sido celebrados con anterioridad, pueden ser declarados inoponibles a los acreedores en virtud de la acción pauliana (art. 967, Cód. Civ.). En todos los casos, conservan su oponibilidad frente al deudor. Ello significa que estos acreedores en estos casos son postergados al resto.

A. Las relaciones contractuales cuentan con un sistema tradicional en materia de insolvencia, no así los restantes actos jurídicos

El sistema tradicional en materia de insolvencia proveyó de antiguo de una regla específica sobre contratos frente a la quiebra: fue el de disponer la inmediata resolución de los contratos *intuitu personæ*. Ello podía obtenerse a través de las normas del Código Civil y de Comercio en materia de mandato, la comisión, el depósito y de las sociedades,

sin que fueran necesarias normas específicas en el ámbito concursal. También era aplicable la construcción en materia de cuenta corriente. El Código de Comercio de 1859 y la ley 4156 contuvieron no obstante una disposición relativa al mandato y la cuenta corriente, determinando su resolución.

La ley del año 1933 inauguró una nueva corriente e introdujo una disposición genérica en materia de continuación de contratos bilaterales por el síndico y otra en materia de locaciones. Éstas eran disposiciones que perseguían fines específicamente concursales y que se apartaban de las soluciones tradicionales.

El Primer Congreso de Derecho Comercial (Buenos Aires, 1940) declaró como conveniente para una futura reforma de la ley concursal (propuesta 16a.): “Los efectos de la quiebra con relación a los contratos aún no cumplidos al tiempo de su declaración deben ser reglados en forma que contemple todas las posibles situaciones”.

La actual Ley de Concursos y Quiebras 24.522 (1995), siguiendo los lineamientos de la ley 19.551 (1972) que agrega a la regulación de los tradicionales contratos de mandato, comisión, sociedad y cuenta corriente, los contratos más modernos de agencia, concesión y distribución, así como otros diversos supuestos contenidos en los artículos 143 al 159.

Pero con respecto a las relaciones jurídicas no contractuales, no aparece una regulación tan completa, por lo que se intentará una somera sistematización de los casos más notorios.

1. *Los actos ilícitos frente a la quiebra del responsable*

La responsabilidad derivada de los actos ilícitos no sufre modificaciones por la declaración de la quiebra. En lo que hace a los actos ilícitos del Derecho común (no penal), no hay reglas específicas en el derecho de la insolvencia, por lo que las indemnizaciones frente a las víctimas deberán regirse por las normas generales en materia de obligaciones.

Existen algunas reglas especiales en materia de actos ilícitos predisuestas para establecer la responsabilidad de los administradores de la fallida y de los terceros en un contexto de quiebra: las especiales acciones de responsabilidad de los artículos 173 y siguientes, ley 24.522 (LCQ).

En lo que respecta a los delitos del Derecho Penal, existen algunas disposiciones específicas contenidas en el Código Penal que son de derecho de la insolvencia.

El artículo 29 del Código Penal prescribe que la sentencia condenatoria de un delito del Derecho Penal podrá ordenar el pago de una indemnización reparatoria a favor de la víctima de un delito, de su familia o incluso de un tercero.

La víctima damnificada que intenta una acción civil en sede penal, en caso de quiebra queda comprendida dentro de las disposiciones previstas por los artículos 125 y 132 de la LCQ y en consecuencia debe proceder a la verificación de su crédito conforme a las reglas generales. En el caso en que el juez penal hubiera establecido antes de la declaración de la quiebra la indemnización correspondiente, corresponderá aplicar las reglas generales, a saber: el juez del concurso puede aplicar las reglas concursales a la relación en función de las modificaciones que sufre por la declaración de la quiebra. Habrá suspensión de las acciones individuales, fuero de atracción de la quiebra¹, suspensión del curso de los intereses, etcétera.

También establece el artículo 29 del Código Penal que el juez puede ordenar la devolución de la cosa obtenida por el delito. Esta restitución está regida por las reglas comunes en materia de quiebra. Así: si la cosa existiere en especie dentro del patrimonio del fallido, será regulada por la disposición del artículo 139 de la LCQ. Si la cosa hubiese ya salido del patrimonio del fallido, la víctima tendrá derecho a verificar su crédito en las condiciones de los restantes acreedores.

Acto seguido, la ley penal establece una específica regla del derecho de la insolvencia, disponiendo que el juez penal, en caso de concurso, puede establecer el porcentaje de los ingresos del fallido que debe pagar al ofendido o a su familia, bajo pena de denegar la libertad condicional. Aparece aquí una específica sanción del Derecho Penal –denegación de la libertad condicional– que se halla fuera de la com-

¹ La jurisprudencia penal ha utilizado las construcciones de la jurisprudencia comercial en el sentido de que no opera el fuero de atracción de la quiebra una vez que se han llamado autos para sentencia en el fuero del juicio de origen (CNCom., sala B, 16-8-82, E. D. 101-542; FASSI, S. y GEBHARDT, M., *Concursos y Quiebras*, 5ª ed., Astrea, Buenos Aires, p. 320; CPen. de Rosario, sala III, 10-4-2006, Ac. 97, tª 4, fª 12).

petencia del juez del concurso por pertenecer a una órbita del Derecho cuya aplicación no le incumbe. No obstante, la regla del artículo 125 de la LCQ solivia esta disposición en caso de concurso: el acreedor quedará sometido a las reglas concursales y soportará –como todos los restantes acreedores– la regla del dividendo.

También el Código Penal establece un privilegio: su artículo 30 determina que la obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito y al pago de la multa.

Incluso establece a continuación una específica norma de derecho de la insolvencia, disponiendo que si sus bienes no fueren suficientes para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias, se satisfarán éstas en el orden siguiente: 1) la indemnización de los daños y perjuicios; 2) el resarcimiento de los gastos del juicio.

No obstante la disposición del Código Penal mencionada, la regla de la LCQ es que “Existiendo concurso, sólo gozarán de privilegio los créditos enumerados en este Capítulo y conforme a sus disposiciones” (art. 239). Consecuentemente, el privilegio del artículo 30 ha quedado derogado al no ser mencionado en el texto de la ley actual².

Con respecto a los actos ilícitos cometidos por el fallido después de la declaración de la quiebra, no habrá derecho a verificación del crédito de reparación, en función de lo dispuesto por el artículo 104, 2ª parte de la LCQ.

Un problema a analizar es el caso de las sanciones penales de multa cuando el fallido ha sido condenado al pago de multa con anterioridad a la declaración de la quiebra. El análisis refiere a la imposibilidad de pago del deudor derivada del desapoderamiento, así como a la posibilidad de que la multa se convierta en prisión por la falta de pago. El artículo 21 del Código Penal dispone que la multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero que determine la sentencia, teniendo en cuenta además de las causas generales del artículo 40 del Código Penal, la situación económica del penado. Si el reo no pagare

² Distinta era la situación bajo la ley 19.551, anterior a la ley actual, donde se admitían los privilegios “creados por leyes especiales”, prescripción ésta que no aparece en la ley actual de 1995.

la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que excederá de año y medio. El Tribunal, antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado. Podrá autorizarse al condenado a amortizar la pena pecuniaria mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello. También se podrá autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas. El Tribunal fijará el monto y la fecha de los pagos, según la condición económica del condenado.

De admitirse la conversión, ¿sería este un caso de prisión por deudas? Debe tenerse presente que la ley 514 (1872) de abolición de la prisión por deudas en su artículo 2° admite como posible la prisión por deudas de un insolvente cuando hubiere existido dolo o fraude suyo en la insolvencia. La existencia de dolo o fraude debe determinarse en procedimiento sumario. De allí que la declaración de quiebra del deudor no impide *per se* la conversión, cuando se pruebe que existió dolo en la insolvencia, incluyéndose en este supuesto –a mi criterio– la solicitud de la propia quiebra para evitar el pago de la multa impuesta. La conversión a prisión, en este caso, operará como forma de extinción de la multa. En cuanto a las Convenciones internacionales firmadas por la Argentina que prohíben la prisión por deudas, no impiden la prisión por las acciones dolosas en que ha incurrido el deudor.

2. *Obligaciones nacidas de la ley*

La ley concursal no establece reglas genéricas respecto a las obligaciones nacidas de la ley, sólo dispone de algunas normas en materia de privilegios, en materia impositiva y disposiciones específicas en materia de alimentos. En lo demás, se aplican las reglas generales relativas a los créditos frente a la insolvencia declarada judicialmente.

2.1. *Alimentos*

El principio establecido por la Ley de Concursos es que sólo corresponde admitir la participación en el concurso a los créditos por alimentos adeudados por el fallido *antes* de la sentencia de quiebra (art. 156, LCQ). Este principio implica hacer extensiva al crédito ali-

mentario la norma genérica relativa a todos los restantes acreedores: sólo pueden participar en la distribución por la quiebra los acreedores anteriores a la declaración de la misma.

Esta solución no se compadece a mi criterio con la naturaleza del crédito, ya que al hacer aplicables los principios concursales generales de la quiebra, resulta que el crédito por alimentos, si bien tiene privilegio (art. 246, inc. 3º, ap. c, LCQ)³, ha de quedar incluido en la liberación dispuesta por el cese de inhabilitación (rehabilitación).

Ello deriva en una situación por la cual el deudor de alimentos puede incluir a su acreedor o acreedora en su pasivo concursal. Y si su activo concursal no es suficiente, podrá no pagar los mismos.

Una solución deseable sería evitar que la liberación de los saldos pendientes obtenida por el cese de inhabilitación excluya el crédito alimentario.

Tampoco puede el acreedor por crédito de alimentos lograr la formación de nuevo concurso, ya que les está expresamente prohibido hacerlo al cónyuge, ascendientes y descendientes del deudor, como tampoco sus cesionarios (art. 81, LCQ).

Es de notar que el acreedor por alimentos tiene derecho y se halla legitimado para concurrir al procedimiento concursal, solicitando que se aparten de la quiebra los bienes imprescindibles para la subsistencia del fallido y su familia (art. 177, *in fine*, LCQ) y eventualmente –a petición del síndico– se le fije y pague una cuota alimentaria, en el caso de que fuere inconveniente en hacerlo así a criterio del juez.

2.2. *Obligaciones impositivas*

El Fisco está sometido a las reglas concursales, como todo otro acreedor⁴ tiene obligación de verificar sus créditos, aun cuando su

³ La redacción bajo la ley 19.551 (art. 270, inc. 6º) aparecía como más directamente aplicable al caso, ya que refería específicamente a “alimentos”, mientras que la ley actual refiere a “gastos de necesidad en alimentación”. No obstante lo cual, entiendo que refiere la ley actual a los alimentos debidos por el deudor, sea quien fuere su beneficiario.

⁴ Actualmente existe una fuerte corriente política que pretende declarar inaplicable el sistema concursal al Fisco (la denominada “aconcursalidad de las obligaciones impositivas”).

crédito es siempre privilegiado (privilegio especial: art. 241, inc. 3° o general: art. 246, inc. 4°, ambos de la LCQ). No obstante, el fuero de atracción de la quiebra admite una particularidad en el caso de créditos del Fisco. En efecto, la norma del artículo 132 de la LCQ prescribe: “La declaración de quiebra atrae al juzgado en el que ella tramita todas las acciones *judiciales* iniciadas contra el fallido por las que se reclamen derechos patrimoniales” (el destacado es mío). De manera que las acciones deducidas en sedes administrativas no se ven afectadas por el fuero de atracción. Al no contener la LCQ 24.522 una disposición general, ordenando la suspensión de todas las acciones de contenido patrimonial, debe entenderse que las actuaciones en sede administrativa pueden continuar, y la competencia de los funcionarios respectivos se mantiene inalterada, incluso en aquellos casos en los que existen tribunales administrativos. Éste es el caso de la determinación de impuestos, y las multas consiguientes por la falta de cumplimiento de los deberes tributarios. Ello no obstante, en un fallo se ordenó reducir el monto de las multas aplicadas al fallido por el ente recaudador con posterioridad a la sentencia de quiebra, pues éstas hacían imposible legal y fácticamente el cumplimiento de las obligaciones del deudor e impidió de tal manera el ejercicio discrecional de facultades punitivas (CCCom. de Junín, 27-2-85 [628-S], E. D. 117-668).

3. *Actos unilaterales vinculantes. Promesas vinculantes.*

Los actos unilaterales frente a la quiebra

Tampoco hay ninguna norma legal que asigne efectos propios a los actos unilaterales frente a la quiebra.

En el Derecho argentino no existe una norma general que establezca la responsabilidad por actos unilaterales, aunque se admite su existencia (art. 946, Cód. Civ.). Una norma de extensión general existe en el ámbito de los actos ilícitos (“Todo aquél ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio”, art. 1109, Cód. Civ.) así como en el ámbito de los contratos (“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”, art. 1197, Cód. Civ.). De tal manera que mediante dos disposiciones de contenido muy general, se describen las conductas que

dan lugar a responsabilidad. Es ésta una característica del Derecho latino, que no encuentra su paralelo en el ámbito de los actos unilaterales. Por ello puede concluirse que los actos unilaterales son fuente de obligación cuando la ley específicamente los admite como tales.

Frente a la gran generalidad, distinguido refinamiento y sofisticación de la teoría de la responsabilidad por acto ilícito y de la teoría de los contratos (que constituyen de por sí verdaderas ramas del Derecho), la teoría de los actos unilaterales se halla en un estado primitivo, en el cual los actos unilaterales que generan responsabilidad son descriptos individualmente por el legislador, dejando una cantidad importante de actos unilaterales que quedan sin sanción y que no engendran responsabilidad.

Siguiendo esta tradición latina, el Código Civil argentino regula expresamente una serie de actos unilaterales que efectivamente resultan vinculantes para su emisor.

Analizaré a continuación algunos actos unilaterales –un catálogo de aquellos actos a los que se asigna usualmente esa categoría jurídica– a los fines de establecer los efectos que la declaración de quiebra determina sobre ellos. La conclusión de este análisis es que los actos unilaterales no tienen efecto frente a la quiebra de su emisor.

3.1. *Las ofertas. Caducidad de las ofertas en caso de quiebra*

En el Derecho común, toda oferta simple (no irrevocable) puede ser revocada, en tanto no haya sido aceptada (art. 1150, ap. 1, Cód. Civ.). El Código Civil prescribe una regla para el caso de incapacidad del que ha hecho una oferta: si antes de haber sabido la aceptación, el oferente cae en incapacidad, la oferta se extingue (art. 1149, Cód. Civ.). Téngase presente que esta solución sólo es aplicable para los contratos entre ausentes o cuando se ha recibido la oferta pero, sin rechazarla, se ha postergado la aceptación. Si el oferente cae en incapacidad antes de la aceptación, la solución de la ley es la caducidad de la oferta.

Los artículos 107 y 110 de la LCQ determinan la imposibilidad del fallido de realizar actos que resulten plenamente eficaces respecto de los bienes objeto de la liquidación. En consecuencia, no puede un fallido aceptar una oferta pendiente que le hubiera sido realizada por un tercero.

En el caso de que la oferta hubiera sido efectuada por el fallido a un tercero, su situación de inhabilitación se asimila a la incapacidad del Código Civil, por lo que la oferta también en este caso se extingue.

Toda oferta realizada por el o al fallido, que no hubiera sido aceptada al momento de la declaración de la quiebra, caduca. Así, cuando una persona ha emitido una oferta y posteriormente –antes de la aceptación por el beneficiario– se declara la quiebra del oferente, ya no puede ser aceptada. Si la oferta ha sido hecha a una persona que posteriormente es declarada en quiebra, tampoco puede ser aceptada.

Esta solución es aplicable a las variadas modalidades de las ofertas simples (no irrevocables). Es así de aplicación a las ofertas dirigidas al público (venta de mercaderías o servicios, detallando precios y modalidades de la operación).

La doctrina considera que las ofertas efectuadas al público mediante circulares, prospectos o catálogos (art. 454, Cód. de Com.) no obligan, pero sí cuando van dirigidas a personas determinadas y a su domicilio.

La ley concursal no admite la oponibilidad de las promesas de contrato, aun cuando el consentimiento haya sido otorgado (art. 146, LCQ). Con mayor razón deberá retacearse efectos frente a la quiebra, cuando la relación no hubiese entrado aún en la fase contractual. No obstante, para su oponibilidad al concurso, será de aplicación el régimen correspondiente a las promesas de contrato: presentación conjunta de síndico y tercero, y autorización judicial dentro de los treinta días (art. 146, LCQ).

En el Derecho común, la revocabilidad de la oferta por incapacidad trae aparejada la obligación de resarcir los gastos y pérdidas que el aceptante hubiere hecho como consecuencia de su aceptación (art. 1156, Cód. Civ.). En el derecho de la insolvencia, esta responsabilidad no existe: el artículo 146 *in fine* de la LCQ dispone específicamente que la quiebra no da derecho a los terceros al resarcimiento de daños por aplicación de la ley.

a) *La oferta irrevocable y la quiebra*: Cuando un oferente renuncia a su derecho a revocar una oferta, ésta se convierte en una oferta irrevocable (art. 1150, 2º párr., Cód. Civ.). Asimismo, hay oferta irre-

vocable cuando el oferente se compromete a mantenerla por un tiempo prefijado, aun cuando en estos casos existe en realidad una verdadera obligación de no hacer, la denominación usual también es de oferta irrevocable (art. 1150, *in fine*, Cód. Civ.).

En algunos casos, la oferta resultará un acto unilateral a título gratuito. Aquí se aplicará la ineficacia de pleno derecho de los actos a título gratuito frente a la quiebra, así como la caducidad de las ofertas.

Cuando la oferta irrevocable hubiera sido onerosa, por haberse pagado un precio por el mantenimiento de la oferta, se habría estado frente a una figura contractual, la opción, promesa de contrato irrevocable o contrato preliminar unilateral, se trata de una figura que examinaré más abajo entre las figuras contractuales.

Si el oferente hubiere caído en quiebra después de producida la aceptación, el contrato habría sido perfeccionado a ese momento.

Si el oferente hubiera caído en quiebra antes de producida la aceptación, entonces el contrato no habría sido perfeccionado. Tampoco habrá lugar a indemnización de daños, en cuanto la resolución se haya producido por la quiebra (art. 142, *in fine*, LCQ).

b) *Promesas de contrato real*: En los contratos reales, la relación contractual no se perfecciona hasta tanto se haya efectuado la tradición de la cosa. Sin esa entrega no existe acción derivada del contrato (art. 1142, Cód. Civ., mutuo, comodato, depósito, prenda y anticresis, ni el acto es hábil para producir sus efectos plenos [art. 1141, Cód. Civ.]).

Fuera del derecho de la insolvencia, la promesa incumplida de un contrato real puede engendrar responsabilidad precontractual, si el promitente hubiera actuado con dolo o culpa (arts. 1109, 1198, Cód. Civ.), a menos que la ley disponga lo contrario, como lo hace en el caso del mutuo gratuito (art. 2244, Cód. Civ.) y del comodato (art. 2256, Cód. Civ.).

En algunos supuestos, esta solución puede obtenerse en función de los principios obtenidos: en el contrato de depósito (voluntario, regular o irregular, comercial o civil), en el contrato de prenda y anticresis (arts. 3204 y 3240, Cód. Civ.) y en el contrato de renta vitalicia (art. 2070, Cód. Civ.).

En los contratos de mutuo y de comodato, la situación se halla

expresamente contemplada por la ley. Así, en el Derecho argentino, las promesas de contratos reales no generan otra responsabilidad que la precontractual.

En el derecho de la insolvencia argentino, las promesas de contrato no son exigibles frente a la quiebra del deudor. Ésta es la solución que dispone el artículo 146 de la LCQ. La misma norma legal prescribe la posibilidad de un nuevo acto de voluntad contractual ante pedido expreso del síndico y del tercero, ratificando el anterior cuando pueda continuarse con el concurso y medie autorización judicial. En el derecho de la insolvencia, no habrá lugar a acción forzada ni por parte del síndico ni por parte del tercero: ambas partes deben acordar en la continuación de la relación y solicitar la autorización judicial.

Excepción a esta situación son los boletos de compraventa de inmuebles cuando el comprador hubiera pagado antes de la quiebra el 25% o más del precio (art. 146, 2ª parte, LCQ). En estos casos, el juez deberá disponer que se otorgue la escritura traslativa de dominio contra el cumplimiento de la contraprestación correspondiente al adquirente (si la obligación de pagar el precio estuviera pendiente de plazo, el comprador podrá gozar de él, pero deberá constituir hipoteca por el saldo. La ley vigente admite esta solución cualquiera fuere el destino del inmueble, modificando la ley anterior que admitía la solución excepcional sólo para el caso de inmuebles con destino de vivienda [art. 150 *in fine*, ley 19.551]).

La Ley de Defensa del Consumidor 24.240 prescribe reglas especiales para el caso de ofertas: “La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones. La revocación de la oferta es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer” (art. 7º). De lo transcrito surge que la vinculación del oferente en caso de ofertas dirigidas a consumidores es mayor que en el supuesto de no consumidores, regidas por el artículo 1150 del Código Civil. Pero, en caso de quiebra, siendo la oferta una promesa de contrato en los términos de la ley concursal (art. 146, LCQ), las mismas –aun las dirigidas a consumidores– no son exigibles frente

al concurso. Tampoco habrá indemnización de daños derivados de la inexigibilidad sobreviviente (art. 142 *in fine*, LCQ).

3.2. *Promesa pública de recompensa* (arts. 2532 y 2533, Cód. Civ.)

Cuando por un medio público de divulgación se ofrece un premio a quien cumpla con una determinada acción o se encuentre en determinada situación, el oferente queda obligado. La especie más difundida es la promesa de pago a quien encuentre una cosa perdida o suministre determinada información (datos sobre un siniestro o una persona). La promesa tiene valor vinculante desde el momento en que fue efectuada en forma pública; el hallazgo de la cosa o el cumplimiento de la acción pedida sólo la hace irrevocable. La promesa se convierte en irrevocable después de que se ha producido el acto (por ej.: se encontró la cosa), pero puede ser revocada antes, si se hace con la debida publicidad. No se está frente a una oferta: las promesas no caducan por la muerte o incapacidad del promitente (siempre que se haya producido el supuesto previsto, por ejemplo que se haya encontrado la cosa).

En el Derecho común, si el promitente cae en incapacidad antes de que la promesa se haya convertido en irrevocable, hay lugar a daños y perjuicios (art. 1156, Cód. Civ.).

Pero en el derecho de la insolvencia no hay lugar a daños y perjuicios por la declaración de la quiebra⁵ (art. 142, 2º párr., LCQ). De allí que si la promesa se hubiera convertido en irrevocable después de la sentencia de quiebra, no habrá lugar a acción alguna. Pero si la cosa hubiera sido encontrada o el dato suministrado antes de la quiebra, entonces habrá lugar a verificación por el importe prometido, como un crédito común.

3.3. *Llamado a concurso*

Consiste en una invitación pública efectuada por una persona a un conjunto indeterminado de personas a participar en una oposición (li-

⁵ En mi opinión el desapoderamiento propio de la quiebra importa una incapacidad de derecho.

teraria, científica, de belleza), prometiendo un premio al ganador. El promitente o un jurado otorga el premio prometido. Se hace posible señalar dos etapas:

a) Un período precontractual: el llamado a concurso. Aquí se establece cuál será el premio, la forma de adjudicación, el plazo para presentarse, las condiciones de presentación, la forma de inscribirse; las exigencias para ganarlo, quién es el jurado, etcétera. Hasta aquí sólo habrá una declaración unilateral de voluntad, a la cual el derecho de la quiebra no reconoce efectos (art. 146, LCQ). La quiebra operará la caducidad del concurso por imposibilidad de entrega del premio. Tampoco habrá lugar a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el llamado a concurso a los postulantes (preparación, traslados, documentación) con anterioridad a la declaración de la quiebra, serán susceptibles de verificación en el concurso. Tampoco los posteriores podrán ser verificados (arg. art. 142, *in fine*, LCQ).

b) Un período contractual: cuando se presentan las o los postulantes. En este caso se estará frente a un contrato, ya que la presentación al concurso indica que los postulantes han aceptado la oferta con una manifestación de voluntad positiva. Pero obviamente este contrato se halla sujeto a las reglas de la quiebra. Si la prestación a cargo del fallido en ese contrato fuera un acto a título gratuito, resultaría ineficaz frente a los acreedores (art. 118, inc. 1º, LCQ). De allí que no sería posible resolver su continuación. Por ello, aun cuando se hubieran ya presentado los postulantes e incluso si hubiera tenido lugar la constitución del jurado y la oposición, no podría continuarse con el concurso. También la efectiva entrega del premio realizada dentro del período de sospecha será susceptible de revocación como acto no oneroso.

3.4. *Promesa de fundación (Ley de Fundaciones 19.836/1972, art. 1806, Cód. Civ.)*

La promesa de constituir la dotación patrimonial de una fundación se convierte en irrevocable a partir de la resolución de la autoridad administrativa de control (art. 5º, ley 19.836).

Normalmente la fundación constituirá un acto a título gratuito, ya

que en la generalidad de los casos no habrá contraprestación de aquella en razón de la cual se hace la constitución del aporte (art. 1139, Cód. Civ.), al menos respecto de la fundación creada.

La promesa de fundación responde a las mismas reglas que una promesa de donación cualquiera, con lo que no serán oponibles al concurso (art. 118, inc. 1º, LCQ). De allí que si el promitente de la dotación de una constitución de una fundación es declarado en quiebra, esa promesa no será admisible en la quiebra.

3.5. *La promesa “abstracta” de pago*

No se trata de una obligación unilateral, sino de un contrato, con la característica de que no se expresa en él la causa. El hecho de la falta de expresión de causa y la renuncia contenida en este tipo de obligaciones de oponer excepciones y defensas relativas a la causa pueden llevar a la errónea conclusión de que se trata de una obligación unilateral. Pero en el Derecho argentino, las obligaciones deben necesariamente estar vinculadas a una causa (art. 499, Cód. Civ.). Y la causa de la promesa “abstracta” de pago es un contrato, un contrato de garantía en el cual el garante renuncia por anticipado a oponer excepciones relativas a la causa de la obligación de garantía asumida frente al destinatario. Puede asumirse una obligación con respecto a una persona determinada, sin expresar la causa de esa obligación (arts. 500 y 501, Cód. Civ.).

Existe actualmente una aceptación importante –fundamentalmente en las transacciones internacionales– de las llamadas garantías abstractas o “a primera demanda”. Intervienen aquí tres partes: una que ordena (ordenante) a un garante (generalmente un banco) que pague a primera demanda a un tercero (beneficiario). El garante no puede negar el pago en razón de las relaciones causales existentes, ya sea con su propio ordenante (por ejemplo, que éste no le pagó) o del ordenante con el beneficiario (por ejemplo, que este último no cumplió con el contrato). Por eso se denominan “abstractas”. Ello podría llevar a la conclusión de que la vinculación tiene su causa en una obligación unilateral.

No hay obligaciones enteramente abstractas en nuestro Derecho,

aunque sí las hay autónomas respecto de terceros⁶, pero efectivamente, una obligación cuyo instrumento no indica la causa genera en nuestro Derecho efectos especiales.

En el Derecho común, la causa se presume que existe (art. 500, Cód. Civ.). La prueba de la falta de causa entonces se halla a cargo de quien intente negar la validez de la promesa. Pero la veda absoluta de la prueba de la causa no es admitida en nuestro Derecho común, y menos todavía en lo que respecta al derecho de la insolvencia, aunque puede ser postergada a un juicio ordinario posterior en el supuesto en el que la exigencia del cumplimiento de la obligación se realice por vía ejecutiva.

En el derecho de la insolvencia rigen principios estrictos, en cuanto la causa debe ser invocada necesariamente para poder participar en el concurso (art. 32, LCQ).

Así, para verificar su crédito en el concurso del promitente de la garantía, el beneficiario de la promesa deberá invocar y posteriormente deberá acreditarse la causa que lo vincula con quien requirió la garantía (ordenante) y la promesa realizada. Ésta es una situación común con respecto a cualquier otro contrato de garantía.

3.6. Fianza legal o judicial constituida como acto unilateral antes de que fuera aceptada por el acreedor (art. 1987, Cód. Civ.)

Se trata de una promesa irrevocable que puede quedar sin efecto sólo por decisión de la autoridad ante quien se ha constituido. Un típico caso de fianza legal o judicial es la caución real o juratoria que establecen los códigos procesales como medida de contracautela para responder por los perjuicios que eventualmente pueda ocasionar la traba de medidas precautorias.

¿Qué ocurre en el caso de que el fiador caiga en quiebra antes de ser aceptada la fianza por la otra parte?

En el supuesto de que la fianza otorgada haya sido un acto a título gratuito, entonces resulta afectado por la ineficacia de pleno derecho establecida por la ley (art. 118, inc. 1º, LCQ). En el caso en que la

⁶ Ver mi *Ley de Cheques*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. XXIII.

fianza haya sido un acto a título oneroso, tampoco habrá derecho a la verificación en cuanto se trata de una promesa de contrato, y estas promesas resultan solviadas por la ley concursal (art. 146, LCQ).

3.7. *Oferta pública de títulos valores, ley 17.811 (1968)*⁷

Se considera oferta pública de títulos valores la invitación a terceros, ya sea realizada por sus emisores o por personas dedicadas al comercio de aquéllos, con el objeto de efectuar actos jurídicos relativos a títulos valores (art. 16, ley 17.811). Incluye los ofrecimientos personales, las publicaciones periodísticas, las transmisiones radiotelefónicas o de televisión, las proyecciones cinematográficas, la colocación de afiches, letreros o carteles, programas, circulares y las comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión.

Las disposiciones de la ley no incluyen la oferta pública de valores públicos emitidos por la Nación, las provincias, las municipalidades, los entes autárquicos y las empresas del Estado (art. 18, ley 17.811).

Pueden ser objeto de oferta pública únicamente los títulos valores emitidos en masa, es decir que tienen las mismas características y otorgan los mismos derechos dentro de su clase (art. 17, ley 17.811).

Las bolsas de comercio cuyos estatutos provean la cotización de títulos valores tienen el deber de autorizar, suspender y cancelar la cotización de títulos valores en la forma que dispongan sus reglamentos (art. 30, inc. 1º, ley 17.811). El decreto 677/2001, Capítulo VIII, y la resolución 368/2001, 1.2, Comisión Nacional de Valores, disponen la cancelación del régimen de oferta pública por declaración de quiebra del oferente. Así, los títulos ofrecidos en venta en el mercado abierto deben ser retirados de la oferta cuando el oferente es declarado en quiebra. Si la bolsa de comercio o mercado de valores no cumpliera con el deber de retirar de la oferta pública los títulos ofrecidos por emisores en quiebra en forma diligente (inmediata), incurrirá de tal manera en una obligación de reparar frente al adquirente. Esto puede traer algunos trastornos en los mercados internacionales.

⁷ Ver BOLLINI SHAW, Goffan, *Operaciones bursátiles y extrabursátiles*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 128.

3.8. *Testamentos*

El testamento es también un acto unilateral de voluntad. La quiebra del testador, del heredero o del legatario no importa revocación alguna del testamento, que mantiene sus plenos efectos. No obstante, se aplican algunas reglas específicas contenidas en el Código Civil y en la ley concursal.

a) *Quiebra del testador*: la declaración de quiebra del testador importa su inmediato desapoderamiento (arts. 107 y 110, LCQ) por lo que el deudor fallido no podrá disponer de sus bienes a partir de la sentencia, ya sea intervivos o mortis causa.

b) *Quiebra del heredero o legatario*: la ley concursal prescribe que el fallido se halla autorizado para aceptar o repudiar herencias y legados (art. 111, LCQ). En el caso de repudiación, ésta tendrá efectos sólo después de pagados los acreedores del heredero o legatario y los gastos de su concurso (art. 111, 3ª parte, LCQ).

Debe tenerse presente que el patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores, puede ser declarado en quiebra a pedido del acreedor (art. 2º, inc. 1º, LCQ), pero no a pedido del cónyuge, ascendientes o descendientes supérstites (art. 81, LCQ).

Aceptada la herencia, queda fija la propiedad de ella en la persona del aceptante, desde el día de la apertura de la sucesión (art. 3344, Cód. Civ.), y el heredero que ha aceptado la herencia queda obligado respecto a los acreedores y legatarios al pago de las deudas y cargas de la herencia, no sólo con los bienes hereditarios, sino también con los suyos propios (art. 3343, Cód. Civ.). Pero en el caso de aceptación, la regla concursal es que los acreedores del causante sólo pueden proceder sobre los bienes desapoderados después de pagados los del fallido y los gastos del concurso (art. 111, párr. 2º, LCQ).

c) *Cláusula contenida en un testamento de que los bienes legados no queden incluidos en el desapoderamiento*: la LCQ, artículo 112 prescribe que en estos casos, la cláusula es ineficaz respecto de los acreedores, sin perjuicio de la posibilidad para el síndico de rechazar la herencia o legado.

4. *Las relaciones jurídicas derivadas de hechos jurídicos (títulos valores)*

He sostenido en otra oportunidad que las obligaciones contenidas en los títulos valores cambiarios (letra de cambio, pagaré, cheque y factura de crédito) reconocen como fuente la creación de una apariencia, hecho jurídico capaz de engendrar obligaciones⁸. Otro sector de la doctrina sostiene que se trata de actos unilaterales⁹, posición que estimo inaceptable en función de las consecuencias que de ello derivan en materia de vicios de la voluntad, en cuanto los actos unilaterales –como actos jurídicos que son (art. 944, Cód. Civ.)– devienen susceptibles de ser anulados por los vicios de la voluntad. La concepción de considerarlos hechos jurídicos (art. 900, Cód. Civ.) permite una construcción especial que se adecua más ajustadamente a las necesidades de los títulos valores¹⁰.

El Derecho reconoce la vinculación efectuada por medio de la declaración de voluntad creando una apariencia contenida en ciertos títulos valores, aunque no expresen causa alguna: letra de cambio (arts. 46, 16, 34, 51, 52, 53, decreto-ley 5965/63), pagaré (art. 104, decreto-ley 5965/63) y cheque (arts. 34, 11, 23, 38, 40, 41, 42, decreto-ley 4778/63).

La regla que autoriza la no expresión de la causa en ciertos títulos se encuentra en nuestro Código de Comercio, en el artículo 212: La falta de expresión de causa o la falsa causa, en las obligaciones transmisibles por vía de endoso, nunca pueden oponerse al tercero, portador de buena fe. La jurisprudencia argentina ha realizado una interpretación estricta de la falta de mención de la causa cuando se trata de una obligación cambiaria. No ha admitido la discusión de la causa, aun cuando el propio interesado la hubiere alegado en el curso de un proceso de conocimiento¹¹. El derecho de la insolvencia establece una sola regla que afecta la teoría general de los títulos valores: aquella contenida

⁸ Ver mi *Ley de Cheques* cit., p. XLIX.

⁹ ARAYA, Celestino, *Títulos Circulatorios*, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 4.

¹⁰ Ver mi *Ley de Cheques* cit. Para un análisis detallado del estado de la cuestión, ver ESCUTI, Ignacio A., *Títulos de crédito*, 9ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2006, ps. 20-23, N° 5.

¹¹ Ver mi *Ley de Cheques* cit., p. XXXVIII.

en el artículo 32 de la LCQ. Este precepto legal dispone que todos los acreedores deben indicar la causa de sus créditos al efectuar la verificación de sus créditos en el concurso.

Por causa –en este contexto del artículo 32 referido– puede sostenerse que se hace referencia al negocio jurídico-económico que dio origen a la relación obligacional. Causa de la obligación en el sentido que le otorga la ley concursal es la razón económica que justifica la relación jurídica; la misma que justifica la protección legal; la relación jurídica que dio lugar a la obligación; el negocio u operación generadora del crédito –compraventa, mutuo, reparación de acto ilícito, donación, etcétera–; los móviles que llevaron al librador a otorgar la cambial; la relación fundamental por la cual se creó o transmitió el título.

La ley en materia de letra de cambio define a la acción causal como la fundada en la relación que determinó la creación o la transmisión de la letra de cambio (arts. 61/62, decreto-ley 5965/63).

Teniendo presente que en la teoría de la insolvencia los actos a título gratuito no son oponibles (art. 118, inc. 1º, LCQ; art. 967, Cód. Civ.), este concepto de causa en el contexto concursal (art. 33 cit.) resulta ser el de negocio jurídico *oneroso* en virtud del cual el fallido asumió la contraprestación (creditoria) que se intenta verificar en el concurso.

Esta regla de la teoría de la insolvencia se encuentra en neta contradicción con la posibilidad de abstracción, aceptada como parte de la teoría de los títulos valores en los países germánicos, donde se niega la posibilidad de realizar indagaciones atinentes a esa causa. En el Derecho argentino, la falta de indicación de causa hace que la misma sea presumida (art. 500, Cód. Civ.), pero admite esa indagación. Dos sectores distintos del Derecho Privado postulan reglas especiales válidas dentro de su propio sector, pero que se enfrentan en el contexto concursal. Si son contradictorias, ¿debe primar alguna de ellas?

El derecho especial (el derecho de la insolvencia) es el que prima: debe indicarse la causa (art. 32, LCQ) y ésta no se presume. La regla del artículo 212 del Código de Comercio regula la situación del tercero portador de buena fe con respecto al obligado cambiario.

Con respecto a quienes no han sido partes directas en la relación

obligacional cambiaria (por ej., entre el librador del título y un segundo endosatario), la jurisprudencia ha elaborado reglas especiales: debe acreditarse la relación causal mediante la cual se accedió al carácter de legítimo portador del título¹².

4.1. *Protesto de títulos*

El protesto es un acto unilateral. En el caso de declaración de concurso del girado o del librador (en una letra de cambio no aceptable), la ley cambiaria (art. 48, *in fine*, decreto-ley 5965/63) exime de la obligación de realizar el protesto de la letra o de un pagaré. En efecto, habiendo sido el deudor declarado judicialmente insolvente y hallándose imposibilitado de cumplir con sus obligaciones, resultaría un acto estéril proceder a la realización de un protesto mediante el cual se constata una falta de pago que se halla prohibida por la ley. Para eso es suficiente con acreditar la existencia de la sentencia de quiebra que es prueba de que el obligado al pago se halla inhabilitado para pagar. Pero ocurre que el acto del protesto es un acto necesario para preservar los derechos contra los obligados de regreso: endosantes y sus avalistas en el pagaré así como el librador en la letra de cambio.

Es por ello que la ley cambiaria establece la posibilidad del regreso anticipado en caso de quiebra del girado en la letra de cambio o librador del pagaré, o en el caso de quiebra del librador de una letra de cambio no aceptable. El portador de un pagaré o de una letra de cambio podrá ejercer las acciones de regreso sin necesidad de ejecutar el protesto, pero deberá acompañar en su reemplazo un testimonio de la sentencia de quiebra del obligado.

La ley concursal prevé el supuesto en que el concurso cese posteriormente, en cuyo caso, dispone que la conclusión de la quiebra no altera esos efectos.

Acto seguido prevé la ley concursal el supuesto en que el pago de

¹² Plenarios de la CNCom., “Translínea”, E. D. 86-520 y “Difry”, E. D. 88-583. Ver asimismo: VAISER, Lidia, *Los plenarios “Translínea” y “Difry” vivitos y coleando*, en E. D. 191-490, en comentario a CNCom., sala D, 13-9-2000, “Bullorsky”, E. D. 191-490.

un título haya sido revocado por la aplicación del régimen de la ineficacia concursal, ya sea de pleno derecho o por conocimiento de la cesación de pagos.

El supuesto que prevé la ley es el del portador de la letra de cambio o del pagaré que ha presentado la letra a un deudor insolvente y éste la ha pagado. Posteriormente, el acto del pago de la letra es revocado por el régimen de la ineficacia concursal. Naturalmente, la letra no ha podido ser protestada en cuanto ha sido pagada por el obligado a hacerlo. Al ser declarado ineficaz el pago realizado, el portador sería compelido como consecuencia a restituir el importe al síndico del concurso. Al no haber sido protestado el título, si la ley no le otorgara una protección especial, no tendría ya acción alguna contra los restantes obligados de regreso, en cuanto las acciones contra estos obligados habrían caducado por la falta de protesto.

Es en este contexto que la ley concursal dispone que la ineficacia y consecuente restitución de lo pagado respecto de estos documentos, en las condiciones de los artículos 122 a 126, produce los efectos del protesto a los fines de las acciones contra los demás obligados. Podría ocurrir que en el caso se hubiere dado el pago anticipado de un pagaré –que requiriera protesto– por parte de su librador. Además, que el pagaré contuviera uno o varios endosos. Posteriormente, el acto resulta revocado conforme a lo dispuesto en el artículo 122, inciso 2° de la LCQ. Al haber sido pagado anticipadamente, naturalmente el portador no habría podido protestarlo. Ante la falta de protesto, si la ley no dispusiera expresamente la conservación de la acción, se habría operado la caducidad de la existente contra los endosantes. Por ello la ley dispone un régimen de excepción para este supuesto.

B. Inexigibilidad de indemnización de daños y perjuicios frente a la quiebra del obligado

Una regla del derecho argentino de la insolvencia –que ha sido mencionada reiteradamente con anterioridad en este artículo– es que en el supuesto de que las obligaciones se resuelvan por imperio de la ley, el tercero no tiene derecho a reclamar daños y perjuicios (art. 142, *in fine*, LCQ).

Esta disposición ha sido fundada en el desapoderamiento: el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir con las obligaciones y, en consecuencia, no puede asimilarse imposibilidad con incumplimiento voluntario. Este último es el que genera obligación de reparar.

La regla del desapoderamiento por sí sola no podría dar lugar a una conclusión que impida toda reparación: en el Derecho común, la nulidad de un contrato por incapacidad posterior de una de las partes da normalmente lugar a indemnización. Para llegar a la conclusión de la falta de reparación hace falta una norma legal.

En una situación de solvencia, la incapacidad posterior de una persona que impide el cumplimiento de una obligación genera daños y perjuicios. La ley concursal veda esa solución para el caso de quiebra. Por cierto que esta norma se aplica solamente a los casos de obligaciones que no pueden cumplirse exclusivamente por cuanto se ha declarado la quiebra de una de las partes. No se refiere a las obligaciones asumidas por el fallido en violación a su prohibición de contratar sobre los bienes desapoderados: en estos casos sí habrá responsabilidad, pero esa responsabilidad sólo podrá hacerse efectiva sobre los bienes que indica el artículo 104 de la LCQ.

Así, no habrá lugar a daños por el incumplimiento derivado de la existencia de la quiebra, pero sí si se hubieran ocasionado daños durante el período anterior a la quiebra. Si el incumplimiento del deudor, luego fallido, hubiera acaecido con anterioridad a la declaración, el acreedor podrá verificar sus daños y perjuicios en el concurso.

La solución de la ley admite una excepción para el caso de dolo. Si el deudor, sabedor de su situación de insolvencia y de la imposibilidad en que se encontraba de poder cumplir con las obligaciones que asumía en ese momento, celebra un contrato, actúa dolosamente. La conducta dolosa de una de las partes, incluso en la época precontractual, da derechos a la otra para anular el contrato cuando el dolo tenga carácter principal (art. 932, Cód. Civ.), y a obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos (arts. 1056 y 1066, Cód. Civ.). Aun cuando no exista una causal de nulidad, también será procedente la acción de indemnización de daños en los supuestos de dolo incidental, en los cuales la validez del contrato no se halla afectada, si del dolo ha resultado perjuicio (art. 934, Cód. Civ.). En los casos

de dolo incidental habrá lugar a indemnización, aun cuando el incumplimiento derive del estado de quiebra. Lo contrario sería desconocer totalmente los efectos del dolo.

De allí que en los supuestos en que el deudor ha actuado con dolo en la obtención de créditos, sabiendo que no podría razonablemente cumplir con los mismos a su vencimiento, el perjudicado tendrá derecho a verificar por los perjuicios sufridos hasta el día de la quiebra y no solamente por los intereses.

Una cuestión adicional sería la de establecer si la protección constitucional de que gozan los contratos invalidaría una norma que consagra la veda de indemnizaciones de daños y perjuicios por el incumplimiento de obligaciones frente a la quiebra del obligado. Pero esa es otra historia.

VEINTE PALABRAS

por RICARDO J. DUTTO*

SUMARIO: 1. Al homenajeado. 2. Veinte palabras. 3. El falaz argumento de la obligación de declarar contra sí mismo. 4. La verosimilitud o razonabilidad de la pretensión. 5. Diez principios sobre identidad, filiación y pruebas biológicas. 6. Epílogo y propuesta.

1. Al homenajeado

Así como los antiguos hablaban de “sabiduría” no como forma de saber erudito, sino como el ideal de serenidad interior y del obrar con justicia, éste quizás es el primer y más intenso recuerdo que aflora al rememorar al profesor Luis Andorno.

Tuve la fortuna de vivir unos años cerca de su domicilio y gracias a su afabilidad acceder a su henchida biblioteca en un departamento separado al de su vivienda, pero sobre todo a la bondad y confianza que inspiraba su persona.

Lo admiré por su inteligencia, lo estimé por su honestidad, pero fundamentalmente me sentía a gusto por su humildad y el lugar que nos daba a todos los que nos acercábamos para aprender, siempre dispuesto a compartir su tiempo y siempre brindó uno de los mayores placeres humanos: buscar la verdad en la conversación.

Lo conocía como profesor y jurista, luego quisieron mi determinación y la providencia que compartiera las reuniones del Departamento

* Profesor Titular de Derecho Civil V, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

de Derecho Privado, donde junto a él, la constelación de nombres hacía luminosas esas horas: Borgonovo, Brebbia, Casiello, Ciuro Caldani, Chavarri, Nicolau, Natale, por mencionar a algunos, docentes que siempre serán asociados a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario como alicientes y diáfanos expositores del Derecho.

Si bien la memoria nunca es absolutamente fiel ya que todo recuerdo es una reconstrucción de la inteligencia, en el caso de la persona de Luis Andorno adquiere el significado que le daban los romanos: “Volver a pasar por el corazón”.

2. Veinte palabras

Albert Camus insinuaba: “Qué hombre sería si no hubiese sido el chico que fui”, evidentemente la identidad es una cicatriz de nacimiento¹, no obstante, el ser humano, masculino en porcentaje abrumador y demandado en juicio de filiación extramatrimonial, sigue mostrando su pavor a someterse a las pericias bioquímicas y con ello pretender desentenderse sobre su participación en engendrar una vida.

Lo expuesto viene a cuento porque así como los procesos de cambio sociales han sido admitidos en el Derecho de Familia con antelación respecto de otras ramas del fuero civil –piénsese solamente en las cuestiones previsionales–, los progresos de disciplinas científicas, en parte encaballados en el derrame ocasionado por los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional de 1994, persiguen idéntico derrotero.

A la par de ello y paradójicamente, a medida que se perfeccionan los medios y técnicas para averiguar lo ocurrido en las relaciones humanas generadoras de hijos fuera del matrimonio, mayor es la habilidad del sindicato para negar hechos, borrarlos o tergiversarlos completado con argumentaciones insubstanciales pero reiteradamente expuestas en los repertorios jurisprudenciales.

Innumerables ejemplos de rechazo o impugnación a ofrecer alguna parte del cuerpo –desde la sangre hasta la mucosa de las papilas sa-

¹ VALDES ZOE, *Café Nostalgia*, Booket, Barcelona, 2001.

linales— pergeñados por los demandados en pleitos filiatorios, verbi-gracia, enfermedades varias, objeción de conciencia y/o cremación del cadáver por los herederos, argumentos y ocultamientos que no demuestran un impedimento determinante, como la ablación de órganos reproductores, la esterilidad absoluta o el alejamiento físico entre los presuntos padres, obligan a construir los decisorios con indicios que sirven de presunciones a fin de sortear una filiación parcial.

Los jueces deben inferir de esas conductas procesales, con egregias resoluciones como la anotada, pero alimentando en esta época ávida de leyendas, sin proponérselo, una visión suburbial del tema filiatorio, cuyo anclaje debería residir en el derecho que tiene todo ser humano a conocer su completa identidad, consecuyente con la obligación asumida en sus compromisos internacionales por el Estado.

En estas acciones de estado de familia, ante la falta o nula colaboración del demandado, lo cual se tildó de ejercicio abusivo del derecho², pierden los magistrados la posibilidad de contar con una pericia certera como es la practicada en base al ácido desoxirribonucleico y valorando su innegable autoridad científica plasmar contundentemente la filiación en crisis.

“La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente” son los veinte vocablos del artículo 4º de la ley 23.511, segundo párrafo que han suscitado prolíficos y continuos debates doctrinales y jurisprudenciales.

Esa negativa a someterse a las pruebas biológicas, según el Tribunal Supremo de España, no es base para una *ficta confessio* pero representa un indicio valioso que conjugado con otros elementos probatorios permiten declarar la paternidad³.

El Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz frente a una reclamación de paternidad y ante la negativa de la madre demandada a que se practique a la hija esa prueba no la asimiló a la *ficta confessio*, pero entendió que tal conducta opositora no puede ser tildada de irre-

² CNCiv., sala H, 10-3-2004, J. A. 2005-I-542.

³ TS de España, 17-11-99, *Revista General de Derecho*, Año LVI, abril de 2000, p. 4003.

levante y se convierte en un *intenso indicio* de la reclamada paternidad. Con este soporte y teniendo en cuenta que de otras pruebas rendidas surgía que los litigantes, si bien ocasionalmente, pero con cierta asiduidad, habían mantenido relaciones sexuales, se admite el recurso de casación y se declara que la menor es hija extramatrimonial del reclamante⁴.

En nuestro país, partiendo de la idea de que las partes tienen el deber de colaborar lealmente con el juzgador, por lo tanto nada hay de inconstitucional en sostener que cada litigante no debe limitarse a una escueta negativa de lo afirmado, sino que es también su carga la de allegar las pruebas que desbaraten los asertos de la contraria, se asimiló la hipótesis a una confesión ficta que constituye plena prueba en ausencia de otros elementos que la contradigan (art. 417, CPCCN) o bien aplicar analógicamente el artículo 356 del mismo ordenamiento procesal cuando establece que en la contestación de demanda, el silencio o las respuestas evasivas pueden estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes.

En esa línea se señala que el indicio es fuente de presunción y la sentencia puede fundarse exclusivamente en presunciones cuando hubiere imposibilidad de obtener otra prueba. No es suficiente la mera negativa y se deben valorar como un elemento probatorio las actitudes procesales de las partes⁵.

Las Cortes provinciales han admitido demandas filiatorias, aun ante la inexistencia o insuficiencia de otras pruebas, considerando la actitud renuente a las pruebas biológicas que necesiten muy escaso complemento para formar plena convicción⁶, o esa conducta fue asimilada como fundamento suficiente para tener por verosímil la pretensión del accionante⁷, tildándola de severa presunción en su contra

⁴ TS de España, 20-6-2000, *Revista General de Derecho*, Año LVI, N° 675, diciembre de 2000, p. 14.728.

⁵ ARAZI, Roland, en BUERES, Alberto (dir.) y HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil y leyes complementarias*, t. 1-B, ps. 378-379; CCCLPazLetr. de Curuzú Cuatía, 6-5-2005, L. L. L. 2005-856.

⁶ STJ de Entre Ríos, junio, febrero, 9-2005, L. L. L. 2005-1222.

⁷ TS de Córdoba, Sala Civ. y Com., 4-5-2000, L. L. C. 2001-23.

y por tanto hace presumir la verosimilitud de la tesis contraria a quien sostiene la injustificada negativa⁸.

Frente a la actitud omisa para la realización de la prueba de ADN existe consenso mayoritario en que reviste el carácter de indicio suficientemente grave y preciso que robustece la prueba ya existente y permite presumir el nexo biológico ya que no es una omisión jurídicamente irrelevante, con el fundamento de que en estos procesos debe acudirse al criterio de cargas dinámicas que constriñe a ambas partes al aporte de medios de comprobación directos o de indicios que acrediten los fundamentos fácticos de sus respectivas posiciones⁹.

3. El falaz argumento de la obligación de declarar contra sí mismo

Carece de fundamento la inferencia repetidamente sostenida en el responde de demandas de este tipo que el sindicato como padre no puede ser obligado a declarar contra sí mismo, porque lo que se pide no es una declaración sino la colaboración para una prueba concluyente, más allá de si dicha garantía es extensiva o no al ámbito civil o sólo rige en materia penal¹⁰.

Bajo el paraguas del interés privado y público que abarca el juicio de filiación merece destacarse la sugerencia de que partes y letrados abandonen como estrategia defensiva la actitud obstruccionista en la investigación de la verdad biológica. Es que la reclamación filial que esa investigación persigue redundará en beneficio del hijo, cumpliéndose con el pregonado mejor interés del niño, quien tendrá una filiación completa, logrando sortear una identidad falsa y titularizar sus derechos más relevantes en el conflicto de su identidad.

Algunos tribunales sostuvieron que de extenderse la prohibición de declarar contra sí mismo en el ámbito civil, también sería inconstitucional la confesión ficta, lo cual es absurdo¹¹. En síntesis, no se pide

⁸ ST de Jujuy, 10-9-99, L. L. NO 2000-1205; ST de Formosa, 27-3-2000, L. L. 2000-741.

⁹ CCC de San Martín, sala II, 27-4-2000, L. L. 2001-1069; CCCom. de Santa Fe, sala I, 10-4-2003, RDF 2003-II-177.

¹⁰ CCCTrab. y Fam. de Villa Dolores, 23-12-2003, L. L. C. 2004-550.

¹¹ ST de Formosa, 27-3-2000, L. L. L. 2000-741.

una declaración, sino una colaboración para la producción de una prueba concluyente, por eso no se viola el artículo 18 de la Constitución Nacional¹².

4. La verosimilitud o razonabilidad de la pretensión

Se dijo que el artículo 258 del Código Civil al fijar como requisito para demandar la “previa verosimilitud de los hechos en que se funda” establece una condición propia del proceso cautelar. En realidad todas las acciones referentes a la relación paterno-filial, incluso la conyugal, ofrecen facetas que las hacen de alta delicadeza y con el mismo criterio que inspira a la mencionada norma, también tendrían que estar sometidas a este filtro de admisibilidad¹³.

Con acierto y conforme a los antecedentes parlamentarios atinentes a la ley 23.264, se advierte que la presunción originaria es formulada sólo teniendo en vista el establecimiento de la verdadera filiación de niños sustraídos o desaparecidos, esto es, se presumía la falsedad de la paternidad por parte de adoptantes o apropiadores. A su vez debe recordarse la limitada posibilidad que ofrecía la Ley de Adopción derogada 19.134 de acceder a la realidad biológica por parte del adoptado, como no fuera para demostrar la existencia de impedimentos matrimoniales, con lo cual la ley 23.511 trataba de revertir esa situación.

El Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz pregona una renovación en la interpretación de la cuestión, con apoyo en un precedente del tribunal homónimo de Córdoba que a su vez recalca en la modificación de la ley de adopción, en la Constitución Nacional de 1994 y en los avances científicos tendientes a brindar certeza en los exámenes biológicos, todo lo cual hace perder el significado que tenía al sancionarse la Ley de creación del Banco Nacional de Datos Genéticos, derivación, por cierto, del especial momento histórico-político del país¹⁴.

¹² CCCom. de Mercedes, sala I, 28-3-2000, L. L. B. A. 2000-907.

¹³ DANSEY, Carlos Alberto, *Aspectos sutiles del Derecho. Normas procesales en el Código Civil*, Libro en homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, El Copista, Córdoba, 2000, t. III, p. 470.

¹⁴ STJ de Córdoba, Sala Civ. y Com., 19-4-2006, prot. de sentencia 20, y el precedente citado en el fallo bajo comentario.

Bajo esa óptica, invierte los términos de la regla interpretativa de la “verosimilitud” de la filiación invocada, dejando de ser una carga para la parte actora demostrar los extremos que tornen probable la existencia de relaciones sexuales al tiempo de la concepción, para afirmar que la negativa a la prueba biológica gesta esa verosimilitud¹⁵.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe “Parece razonable que ante el incumplimiento, ante la renuencia en colaborar mediante el sometimiento a los estudios genéticos, se puedan extraer consecuencias jurídicas disvaliosas de la negativa. El principio constitucional del ‘debido proceso’ no implica transformar a la actuación ante los Tribunales en un ámbito en donde no interesa la verdad jurídica de los litigios y en donde resulten indiferentes las actitudes procesales de las partes”¹⁶.

Los argumentos reseñados, sumados a la jurisprudencia y doctrina sobre el particular, ayudan a descartar que el indicio del artículo 4º de la ley 23.511 afecta la intimidad de la persona ni su derecho personalísimo a disponer su propio cuerpo, pues esa conducta obstruccionista deja de pertenecer a la autonomía de la voluntad del sindicado padre, para proyectarse a lo social, causándole un daño deliberado porque atenta contra el derecho identitario de otra persona, como es el pretendido hijo.

Sobrevuela, aunque sin hacerse mención expresa, *el mejor interés del niño*, conforme al artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada por el artículo 75, inciso 22 a la Carta Magna, claro está, cuando el que reclame tenga ese carácter. Sin dudas, el derecho a la verdadera identidad es suprallegal.

¹⁵ Las partes tienen el deber de colaborar lealmente con el juzgador, por lo tanto nada hay de inconstitucional en sostener que cada litigante no debe limitarse a una escueta negativa de lo afirmado, sino que es también su carga la de allegar las pruebas que desbaraten los asertos de la contraria (SCJ de Mendoza, sala I, 29-8-95, E. D. 167-302).

Demostrada una relación que excede el marco de una simple amistad, se produce una inversión de la carga de la prueba, correspondiéndole al accionado acreditar que ese vínculo no existía al tiempo de la concepción del infante (CCCom. de Santa Fe, sala I, 10-4-2003, RDF 2003-II-177).

¹⁶ CSJ de Santa Fe, 18-9-93, J. S., Nº 2, septiembre de 1993, p. 67.

5. Diez principios sobre identidad, filiación y pruebas biológicas

A modo de resumen sobre este tema se transcribirán los siguientes enunciados¹⁷:

1. El derecho a la verdadera identidad es supralegal al haber ratificado el Estado argentino la Convención sobre los Derechos del Niño, con aprobación por ley 23.849 y a partir de la incorporación en la Constitución Nacional de 1994 (art. 75, inc. 22).
2. Si un niño ha sido concebido durante una relación sexual consentida o no, prolongada u ocasional o recurriendo a cualquier otra técnica de fertilización, cuando existe incertidumbre acerca de la realidad del nexo biológico, se producirá la prueba pericial biológica cuyas conclusiones son decisivas para excluir el vínculo filial y altamente significativas para determinar positivamente la paternidad.
3. La cuestión identitaria del niño no puede depender del libre albedrío materno. Desde una perspectiva ética y jurídica, quien asume la maternidad sin vicios de la voluntad, con plena conciencia de sus actos y de sus responsabilidades, han trascendido su propia motivación individual y han creado circunstancias que, por afectar al hijo, no pueden a su antojo desvirtuar.
4. Debe considerarse desvaliosa la posición materna de no revelar la identidad del padre de su hijo y de esa manera negar a éste la posibilidad en los primeros años de vida de tener una identidad plena.
5. La concurrencia de la progenitora cuando es citada por el Ministerio Público por su hijo de progenitor desconocido debe ser una carga pública y como tal brindar toda la información que tenga del presunto padre.
6. Estando en duda el estado de familia de un menor, es inadmisibles una actitud omisiva y no cabe que el demandado/a sola-

¹⁷ DUTTO, Ricardo J., *El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas*, en J. S., Nº 47, p. 23; DUTTO, Ricardo J., *Manual doctrinal y jurisprudencial de Familia*, Juris, Rosario, 2005, ps. 384 y 385.

mente se limite a negar, deberá aportar pruebas que desbaraten las presunciones y probanzas.

7. Al ser el menor titular de un derecho esencial, como es el de conocer su ascendencia biológica completa, las consecuencias que se extraen de la negativa a someterse al análisis sanguíneo no conculcan disposición constitucional alguna.
8. Se debe priorizar la prueba biológica por sobre el resto y aun acordarle el de prueba fundamental en los juicios de filiación, por lo que ha de observarse con gran severidad la conducta de quien con su negativa priva al juzgador de tan valiosos elementos.
9. En caso de contarse con la prueba biológica como único elemento de juicio, la negativa a su sometimiento debe interpretarse como un indicio fortísimo, intenso, contundente y grave.
10. Es indispensable garantizar el óptimo resultado en las pruebas biológicas y para ello se torna imprescindible asegurarles a las partes la absoluta transparencia y eficacia en la recolección, conservación e inviolabilidad de las muestras sanguíneas.

6. Epílogo y propuesta

Lejos estamos de propiciar una especie de autoritarismo procesal moderno de tipo tecnocrático, acaso peor que en la época de las pruebas irracionales, pero en este ritual de indagación objetiva de la verdad histórica no puede prescindirse de la incorporación efectiva de estas novísimas –y consagradas– pruebas periciales como *probatio probatissima* superadoras de estándares clásicos.

Una justicia oportuna y mejor como forma de satisfacer adecuadamente las expectativas de los justiciables amerita el aprovechamiento de las nuevas tecnologías al servicio del juzgador y no una conclusión ficcional, consecuencia directa de la mala fe procesal de seres humanos sin agallas, pero también de una falta de puesta al día legislativa en la materia.

Si el mejor interés del niño, así como los derechos a la no discriminación, a la identidad y a la inscripción de nacimiento, son valores ubicados en la cúspide del ordenamiento jurídico, consagrados constitucionalmente, debería preverse legislativamente que la madre tiene

el deber de informar a las autoridades del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, en el nacimiento de su hijo, quién es, o puede ser, el padre de la criatura, con la obligación de someterse, ella y el niño, a pericias biológicas en caso necesario (v. gr., decreto reglamentario, ley 26.061). Si el presunto padre rechaza la paternidad, ésta se establecerá por los tribunales, con la consecuente inversión de la carga probatoria.

La propuesta de modificación normativa impulsa una inversión del normal proceso declarativo, en cuanto la promoción del contradictorio se deja a la iniciativa del emplazado; de esta manera, el Estado argentino dejará de fomentar un consciente rechazo a la verdad, echando por tierra una de las bases de cualquier organización social, cual es la identidad completa de todos los niños, sin importar si sus padres están o no casados entre sí, motorizando desde la aurora filial, además del materno, el nombre del padre.

ALGO MÁS SOBRE LA EXCLUSIÓN DE VOTO EN LOS CONCURSOS PREVENTIVOS

por ERNESTO IGNACIO JOSÉ GRANADOS*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Regulación legal. 2.1. Supuestos legales. 2.1.1. Exclusiones en el concurso de personas físicas. 2.1.2. Exclusiones en el concurso de sociedades. 3. ¿Interpretación taxativa de las causales de exclusión? Tendencia actual. 3.1. Los nuevos supuestos de exclusión de voto. 3.2. ¿Qué consecuencias lleva la exclusión de voto? ¿Implica la exclusión de los acreedores? 4. Algunas reflexiones finales.

Agradecemos a los organizadores de este homenaje a Luis O. Andorno que nos hayan convocado. Cada uno de los colaboradores de esta obra intentaremos encontrar las palabras más apropiadas para hacer honor a uno de los grandes juristas que ha dado la República Argentina. Nosotros optamos por tratar de testimoniar para los futuros estudiosos del Derecho, que seguramente abrevarán en sus obras, que los contemporáneos de todas las generaciones –como tratamos de representar los dos autores de estas líneas– lo valoramos como un jurista excepcional, con gran creatividad y originalidad en su producción, donde siempre supo sumergirse en las profundidades con una gran bagaje de conocimientos científicos y con la necesaria humildad de quien nunca se contenta y siempre busca con una curiosidad imposible de satisfacer, motor de todo buen investigador que es, ante todo, alguien que permanentemente se pregunta. Nos interesa también expresar que tenemos

* Profesor Titular Asociado Ordinario de Derecho Comercial III, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, en coautoría con el Dr. Fernando Ariel Álvarez.

un gran pesar por su inesperada ausencia física, pero nos consuela contar con el imborrable recuerdo de su característica figura recorriendo su Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario o cualquier otra del mundo donde supo ser invitado de lujo, con gesto amable, disposición al diálogo y a la ayuda de todo el que se le acercara, con un fino humor permanente y con una envidiable entrega y generosidad que lo distinguían especialmente.

Vaya entonces esta humilde colaboración de dos ex alumnos y admiradores de Luis O. Andorno en el entendimiento de que, más allá del valor de este aporte, siempre sería bien recibido y alentado por él, quien con actitud de paciente gran maestro nos marcaría los errores con tanta delicadeza que nos serviría para mejorar sintiéndonos apoyados por un gran hombre.

1. Introducción

Uno de los temas que ha generado debate durante los últimos años, habiendo tenido reflejo también en la diversidad de fallos que han dictado tribunales a lo largo del país, sin que exista un criterio uniforme, ni un tratamiento completo de los pormenores que se generan, es todo lo referente a la exclusión de voto de diversos acreedores en el trámite de los concursos preventivos.

Lo que hasta hace poco funcionaba sin mayores conflictos ha ido generando diversas opiniones y posiciones, poniendo en crisis y evidente contradicción diversos principios generales del Derecho Concursal, como así también ha tensado aún más distintos intereses que se presentan ante una situación concursal.

Procuraremos, mediante el presente, brindar un estado actualizado de la cuestión, además de generar una serie de inquietudes que seguramente serán objeto de debate en un futuro, todo lo cual va a contribuir con el conocimiento de esta materia.

De esta manera, pasaremos revista a la regulación legal para luego pasar revista a muchas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales que han tratado el tema y, por último, terminaremos con algunas reflexiones finales.

2. Regulación legal

Con la actual Ley de Concursos y Quiebras (24.522) se ha concebido al concurso preventivo no exclusivamente como un modo de diferir los pasivos sino que, por el contrario, resulta ser un período en el cual la ley brinda al deudor la posibilidad de reestructurar la empresa para convertirla de una unidad deficitaria en una unidad superavitaria¹.

Para el cumplimiento de esta finalidad resulta de fundamental importancia la diversidad de propuestas de acuerdo preventivo que puede presentar el concursado y la obtención mediante conformidades de una doble mayoría legal para su aprobación: mayoría absoluta de acreedores dentro de cada una de las categorías y dos tercios de las partes del capital computable también dentro de cada categoría².

Esta posibilidad de otorgar o no la conformidad resulta ser uno de los derechos fundamentales de los que gozan los acreedores concursales concurrentes en la lógica que tradicionalmente ha venido sosteniendo nuestra legislación en la materia. Ahora bien, la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) en su artículo 45 tiene prevista la exclusión del cómputo de las mayorías a determinados acreedores. Esto significa que la ley estipula que, pese a haber sido reconocido como acreedor, no se le concede la facultad-derecho de votar la propuesta concordataria.

Desde el año 1902 y hasta la reforma de la ley 19.551 en el año 1972 la ley expresamente excluía de la votación a: a) El/la cónyuge del concursado/a; b) los parientes del concursado/a dentro del cuatro grado de consanguinidad; c) los parientes del concursado/a dentro del segundo grado de afinidad; d) el cesionario de dichos créditos cuando hubiera adquirido los mismos dentro del año anterior a la fecha de la junta.

Con la reforma de la ley concursal en el año 1972, que se tradujo mediante la ley 19.551, se mejoró dicho régimen, al decir de Maffía³, y se incluyó además de los indicados precedentemente a los parientes

¹ RIVERA, Julio Cesar, *Instituciones de Derecho concursal*, 2ª ed. actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, t. 1, p. 119.

² Esta indicación se formula sin perjuicio de la reforma del art. 52 de la LCQ por la ley 25.589, donde se introdujo la figura del *cramdown power*.

³ Conf. MAFFÍA, Osvaldo J., *Derecho Concursal*, Depalma, Buenos Aires, 1988, t. II, p. 32.

adoptivos del concursado/a. Además dicha norma incluyó la prohibición de voto en los supuestos de sociedades.

“Ni en la ley 4156, ni en la ley 11.719, se encuentran disposiciones que excluyan el voto en los supuestos de las sociedades. La explicación de ello radica en que la figura de la exclusión de voto fue gestada en un época en que los procesos concursales se hallaban ideados para enfrentar los supuestos de insolvencia de las personas físicas. La realidad económica comenzó a ofrecer un desplazamiento desde la insolvencia de los particulares a la insolvencia societaria, y frente ello, el viejo molde de las exclusiones de voto pensadas en función de los particulares se mostraba insatisfactorio para resolver eficazmente las circunstancias que se presentaban en la experiencia judicial. Ello motivó una primera actuación de parte de los jueces y una posterior reacción de los legisladores que ampliaron los supuestos de la norma con la pretensión de adecuarla a la realidad, reglando algunas prohibiciones de voto en los supuestos de personas jurídicas sociedades”⁴.

Es así que con la vigencia de la ley 19.551, la prohibición de voto tratándose de sociedades abarca a: a) Los socios de la concursada; b) los administradores de la concursada; c) los acreedores que se encuentren respecto de los socios y administradores en la situación del parentesco que hemos detallado en los párrafos anteriores (es decir, cónyuge, parientes del concursado/a dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, adoptivos y/o cesionarios). Se aclara que la prohibición no se aplica a los acreedores que sean accionistas de la concursada.

La ley 24.522 del año 1995 reprodujo el texto de la ley anterior (ley 19.551), aunque incorporó que la prohibición no se aplica a los acreedores que sean accionistas de la concursada, salvo que se trate de controlantes de la misma.

2.1. *Supuestos legales*

Tal como hemos señalado en el punto anterior, la norma tiene pre-

⁴ BARAVALLE, Roberto A. y GERBAUDO, Germán E., *Tendencias actuales respecto a la “exclusión de voto del artículo 45 de la LCQ”*, Boletín Zeus, N° 7563, 22-11-2004.

vista una serie de acreedores que no gozan de la facultad-derecho de votar la propuesta de acuerdo preventivo que presenta el concursado.

El legislador ha entendido esta prohibición de forma definitiva y permanente, y no puede existir excepción alguna a lo normado.

Loza explica el fundamento de esta norma en que las personas enunciadas “no tienen la absoluta independencia para decidir su voto movidos sólo por el interés en la solución concordataria, ya que sus ánimos pueden estar influidos por el afecto a una persona tan allegada a ellos como el deudor”⁵.

Heredia en la misma sintonía expresa que “la ley concursal, con el propósito de asegurar que lo que decida acerca del rechazo o la aprobación del acuerdo ofrecido por el deudor constituya el resultado de una expresión seria de voluntad de los acreedores y carente, desde todo punto de vista, de intencionalidad aviesa alguna, establece, con relación a ciertas personas, la prohibición de contabilizarlas para el cómputo de la mayoría de capital, sobre la base de la existencia de una presunción *hominis* de que las suyas serán adhesiones por lo regular sospechadas de no ser sinceras, en función de la relación familiar que une a dichas personas con el deudor y la natural solidaridad que tal relación supone”⁶.

Esto significa que la ley pretende eliminar el llamado voto afirmativo complaciente.

La exclusión del cómputo significa que los acreedores que se encuentran en la situación descrita legalmente por la norma en comentario, ni ellos como personas, ni sus créditos como capital integran las bases de cálculo sobre las cuales se determina la mayoría de acreedores y la mayoría de capital computable. Y “si eventualmente alguno de estos sujetos prestasen conformidad al acuerdo, la misma es de ningún efecto, está excluida del cálculo y no puede sumarse a las restantes conformidades”⁷.

⁵ LOZA, *La Ley de Quiebras 11.719*, p. 131, cit. por QUINTANA FERREYRA, *Concursos. Ley 19.551. Comentada, anotada y concordada*, Astrea, Buenos Aires, 1985, t. 1, p. 577.

⁶ HEREDIA, Pablo, *Tratado exegético de Derecho Concursal*, Ábaco, 2000, t. 2, p. 108.

⁷ ROUILLÓN, Adolfo A. N., *La aprobación del acuerdo preventivo por los acree-*

2.1.1. *Exclusiones en el concurso de personas físicas*

La prohibición de voto o exclusión del cómputo de las mayorías alcanza, en el caso de tratarse de un concurso preventivo de una persona física, a:

a) *El cónyuge del deudor concursado*. La ley concursal excluye del cómputo de las mayorías al cónyuge del deudor, situación respecto de la cual no se han generado mayores dudas ni interrogantes.

La exclusión no alcanza al cónyuge divorciado, dado que la sentencia de divorcio produce la disolución del vínculo matrimonial, no existiendo motivo alguno por ello para mantenerla⁸.

Por otro lado, sí resulta aplicable la exclusión legal cuando estamos frente a una separación personal. Ello debido a que ésta no disuelve el vínculo matrimonial (art. 201, Cód. Civ., texto según ley 23.515). Idéntica solución se aplica cuando estamos frente a la separación de hecho, puesto que pese a no continuarse con la cohabitación el vínculo matrimonial no se encuentra disuelto.

Con relación al concubinato, la ley 24.522 nada menciona, por lo que se entiende que no existe prohibición alguna que le resulte aplicable al concubino/a. Heredia considera que esta situación resulta dudosa, puesto que “si bien entre ambos no existe vínculo familiar alguno que justifique la prohibición, lo cierto es que la comunidad de vida que supone el concubinato –con sus caracteres de estabilidad, singularidad y permanencia–, pone seriamente en duda la sinceridad del pertinente voto”⁹.

En comentario a un fallo¹⁰, Guillermo Omar Iribarren y Carlos Juan Zavala Rodríguez (h) expresaron durante la vigencia de la ley 19.551: “Sin embargo, y a la luz de las extensiones, que en caso de legislación

dores quirografarios (según el régimen de la Ley Concursal 24.522), en *Estudios de Derecho Privado moderno, en homenaje al Dr. Ángel B. Chávarri*, Roberto H. Brebbia (dir.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 513.

⁸ Conf. HEREDIA, *Tratado exegético de Derecho Concursal* cit., t. 2, p. 109; BARAVALLE y GERBAUDO, *Tendencias actuales respecto a la “exclusión de voto del artículo 45 de la LCQ”* cit.

⁹ HEREDIA, *Tratado exegético de Derecho Concursal* cit., t. 2, p. 109.

¹⁰ CNCom., sala D, 18-9-92, “Kenny, María L. s/Conc. prev. s/Inc. de impug. por Arnaude SA, Guillermo”, L. L. 1994-B-21.

familiar se hace respecto de los concubinos (casos de atribución de pensión o derecho de obra social), las que en dichas ocasiones tienen mayoritariamente carácter humanitario, consideramos oportuno que en una futura reforma, se introdujesen modificaciones a este artículo, de tal modo que permitiera al juez, descorrer el velo de la ficción creada, para prohibir en el caso concreto, emitir el voto, a quien, como en el supuesto de un concubino, no queden dudas del interés parcial que tendrá en votar a favor del concursado, asimilándolo de ese modo al esposo o esposa legítimos. Dicha modificación podría consistir en introducir en la enumeración del artículo 51 de la Ley de Concursos al concubino y sus familiares, dentro del mismo grado que marca la ley. A pesar de que entendemos que el concubinato no crea lazos de parentesco, no podemos dejar de advertir la realidad, que indica que en cuanto a intereses creados respecto de la junta de acreedores y para beneficiar al deudor, tienen iguales consecuencias el matrimonio legítimo que las uniones al margen de la ley”¹¹.

b) *Los parientes del deudor dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos.* La norma concursal excluye del voto a los acreedores que se encuentran respecto del concursado/a en la situación descripta, por los vínculos que los unen.

Respecto de los parientes adoptivos, se incluyen los que lo son por adopción plena, ya que la simple no crea vínculos de parentesco (arts. 323 y 329, Cód. Civ., texto según ley 24.779)¹².

c) *Los cesionarios de los créditos de los sujetos indicados en los puntos a) y b) siempre que la cesión se hubiera celebrado dentro del año anterior a la presentación en concurso preventivo.* La normativa concursal excluye del cómputo a los cesionarios del cónyuge y de los parientes del deudor en el grado indicado en el punto anterior, siempre que la cesión se hubiese llevado a cabo dentro del año anterior a la presentación.

Cámara nos indica que “el peligro que el legislador trata de conjurar, evitándolo, no está en la cesión de un crédito, que al fin y a la postre

¹¹ IRIBARREN, Guillermo Omar y ZAVALA RODRÍGUEZ (h), Carlos Juan, *Concurso preventivo. Junta de acreedores. Prohibición de votar*, en L. L. 1994-B-21.

¹² Conf. HEREDIA, *Tratado exegético de Derecho Concursal* cit., t. 2, p. 110.

no implica más que un cambio en el sujeto activo de él, sino de la división de dicho crédito cuando un número de acreedores que con su voto pueden influir en la formación de mayorías”¹³.

El plazo de un año ha sido criticado por algunos autores, entre los que se encuentra Cámara, quien sostuvo que en función de la seguridad de las transacciones y la celeridad de la actividad comercial debía ser menor, proponiendo el de 30 días antes de la presentación en concurso preventivo, tal como lo estipulaba el Proyecto Castillo.

Obviamente también resulta excluido del cómputo el cesionario del cónyuge y de los parientes del deudor en el grado indicado en la norma concursal, cuando la cesión hubiera sido llevada a cabo después de la presentación en concurso preventivo¹⁴.

2.1.2. *Exclusiones en el concurso de sociedades*

Las prohibiciones de voto o exclusión del cómputo de las mayorías alcanza, en el caso de tratarse de un concurso preventivo de una sociedad, a:

a) *Administradores de la sociedad concursada*. La normativa concursal prevé la exclusión de voto de los administradores que gozan de algún crédito contra la sociedad concursada.

La duda que puede plantearse al respecto es a qué administradores abarca la prohibición o exclusión del cómputo.

Rouillón entiende que la prohibición se extiende no solamente a los administradores que estaban en función al tiempo de la presentación en concurso preventivo, sino que también se incluye dentro de la exclusión a los acreedores administradores en funciones al tiempo de la negociación del acuerdo como también a los administradores que se desempeñaron en dicho cargo dentro del año anterior a la presentación en concurso preventivo¹⁵.

¹³ CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra. Comentario de la ley 19.551*, Depalma, Buenos Aires, 1980, vol. II, p. 990.

¹⁴ Conf. ROUILLÓN, *La aprobación del acuerdo preventivo por los acreedores quirografarios...* cit., p. 513.

¹⁵ Conf. ROUILLÓN, *La aprobación del acuerdo preventivo por los acreedores quirografarios...* cit.

Cámara por su parte sostuvo que la prohibición “comprende los administradores de la sociedad al tiempo de la votación del acuerdo y no quienes lo fueron con anterioridad”¹⁶.

Agrega Rouillón que la restricción debe aplicarse a los administradores de cualquier persona jurídica concursada aunque no fuesen estrictamente sociedades¹⁷.

b) *Socios de la sociedad concursada*. Dentro de la prohibición legal concursal para el cómputo de las mayorías se encuentran también los socios de la sociedad concursada, siempre que no se trate de accionistas, quienes gozan del derecho-facultad de votar el acuerdo y por lo tanto integran las bases de cálculo del capital y de personas. Salvo que se trate de accionistas controlantes de la concursada.

Heredia al respecto manifiesta que “ello se explica, porque la existencia de tal control en cabeza del accionista, sugiere la presencia de un interés extraño –y generalmente opuesto– al meramente patrimonial derivado del crédito que tiene contra la sociedad. La presencia del mencionado control importa la concurrencia de un elemento personal que es, precisamente, el que arroja sombras sobre el verdadero sentido del voto en este caso”¹⁸.

c) *Acreedores que se encuentran respecto de los socios y administradores en la situación prevista para las personas físicas (cónyuge; parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos, o cesionarios dentro del año anterior a la presentación en concurso preventivo)*. La ley concursal asimismo incluye dentro de la exclusión del cómputo a aquellos acreedores que se encuentren respecto de los socios y administradores en la situación prevista para las personas físicas.

La Cámara Nacional Comercial, sala E, en los autos “La Tregua SA”, resolvió que la prohibición de voto solamente se aplica a los parientes de los administradores que ejercen sus funciones al momento

¹⁶ CÁMARA, *El concurso preventivo y la quiebra...* cit., p. 1004.

¹⁷ ROUILLÓN, *La aprobación del acuerdo preventivo por los acreedores quirografarios...* cit.

¹⁸ HEREDIA, *Tratado exegético de Derecho Concursal*, t. 2, p. 110.

del voto¹⁹. Esta solución jurisprudencial no se condice con la postura de Rouillón explicitada en el punto a).

Creemos que la solución correcta es la adoptada por Rouillón. Ello fundado en que puede ser fácilmente burlada la prohibición con una eventual renuncia al cargo de administrador previo al inicio del concurso preventivo.

d) *Accionistas controlantes de las sociedades*. La ley 24.522 incorporó como consecuencia de las críticas doctrinarias la exclusión o prohibición de voto al controlante de la concursada (arts. 33 y concs., ley 19.550).

Aclara Villanueva que “si bien tal modificación resulta plausible, por razones de seguridad jurídica parece prudente interpretar que, en principio, el control al que hace referencia la norma es el control jurídico, esto es, el que corresponde al acreedor por la aptitud de voto en el seno de la asamblea de la sociedad concursada. Naturalmente, el fundamento de este aserto radica sólo en la dificultad de comprobar en el trámite del concurso la existencia de otro tipo de control (v. gr., de hecho), con lo que dicho principio deberá ceder cuando éste resulta patente”.

3. ¿Interpretación taxativa de las causales de exclusión? Tendencia actual

Originariamente la mayoría de la doctrina y jurisprudencia concor-

¹⁹ CNCom., sala E, “La Tregua SA”, L. L. 1988-E-484: “Ante la ausencia de previsión legal, estíbase que corresponde aplicar al caso un criterio restrictivo, puesto que la norma *sub examine* establece una seria limitación al titular de un crédito, que no puede extenderse más allá de lo estrictamente necesario para cumplir los fines legales. Por ello, y desde que el art. 51 de la Ley de Concursos sólo alude a los administradores del ente, debe entenderse que se refiere a quienes efectivamente se desempeñan en ese carácter, y no a quienes lo hicieron con anterioridad, puesto que la ley no contiene referencia alguna a tal hipótesis. Consecuentemente, la relación de parentesco que impide ejercer el derecho al voto, debe verificarse respecto de quienes ejerzan el cargo de administradores de la concursada, al momento de votarse el acuerdo (conf. CÁMARA, ob. cit., p. 1004). Lo expuesto no obsta a que, de advertir el tribunal que se ha utilizado la renuncia como un medio para emplear el derecho al voto, con el fin de desnaturalizar el recto sentido de la votación, se adopten las medidas del caso (ver CÁMARA, ob. cit., p. 1004)”.

daban en que la interpretación que debía hacerse de las exclusiones legales de voto era taxativa y de interpretación restrictiva, sin posibilidad de hacer aplicación de la analogía.

Quintana Ferreyra²⁰; Fassi y Gebhardt²¹; Villanueva²²; Heredia²³; Rivera, Roitman y Vítolo²⁴; Grispo²⁵, entre otros autores, han postulado la taxatividad de las exclusiones legales previstas en la normativa concursal.

Ahora bien, antes de la reforma de la ley 24.522 en el año 1995 y con posterioridad a dicha fecha han existido diversos pronuncia-

²⁰ QUINTANA FERREYRA, *Concursos. Ley 19.551...* cit., t. 1, p. 576: “La doctrina es conteste en afirmar que la enumeración de los sujetos carentes de votos debe interpretarse taxativamente. Sin embargo, consideramos que por vía analógica, a consecuencia de la reforma introducida sobre la extensión de la quiebra (arts. 165 y ss.), abre un margen para reexaminar el tema”.

²¹ FASSI Santiago C. y GEBHARDT, Marcelo, *Concursos. Comentario exegético de la ley 19.551 con las reformas de la ley 22.917 y jurisprudencia actualizada*, 4ª ed. ampliada y actualizada, 1ª reimp., Astrea, 1991, p. 149: “No cabe extender analógicamente las inhabilitaciones para votar en la junta establecidas por este artículo, ya que ellas constituyen taxativos casos de excepción”.

²² VILLANUEVA, Julia, *Concurso preventivo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 423: “Al tratarse de la privación de un derecho inherente a la calidad de acreedor concursal, la disposición que analizamos es de interpretación restrictiva, lo que obsta a extender, por analogía, a otros supuestos la inhabilitación que ella establece”.

²³ HEREDIA, *Tratado exegético de Derecho Concursal* cit., t. 2, p. 109: “Por tratarse de prohibiciones, la enumeración es taxativa, lo que implica que no pueden ser deducidas otras hipótesis por interpretación extensiva o analógica, desde que ellas constituyen especiales supuestos de excepción para el régimen general de concurrencia a la formación de la voluntad que decida la suerte del concurso. Son, además, de interpretación estricta”.

²⁴ RIVERA, Julio César; ROITMAN, Horacio y VÍTOLO, Daniel Roque, *Ley de Concursos y Quiebras*, 3ª ed. actualizada con la colaboración de José Antonio Di Tullio, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. I, p. 741: “Dado que la finalidad del concurso preventivo es que sea aprobado por la mayoría de acreedores genuinos, las exclusiones de voto son de interpretación estricta; de modo que el concursado no puede pretender excluir a otros acreedores que no sean aquellos expresamente previstos en el artículo bajo comentario”.

²⁵ GRISPO, Jorge Daniel, *Concursos y Quiebras. Ley 24.522. Comentada, anotada y concordada. Modificada por las leyes 25.563 y 25.589*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 363: “Podemos agregar que esta prohibición legal no puede hacerse extensiva a otros sujetos, no contemplados en la norma legal, por analogía”.

mientos judiciales en donde se admitieron otras exclusiones de voto diferentes a las legisladas en la normativa concursal.

Inclusive la tendencia en dicho sentido se ha acentuado desde el año 2000 en adelante con diversas situaciones donde se pretendió excluir del voto ¿y del acuerdo? a ciertos acreedores.

De esta forma el abanico de situaciones en donde se ha pretendido excluir del cómputo de las mayorías ha originado diversos pronunciamientos judiciales, ora a favor, ora en contra, aunque esto ha llevado a que ya no se considere a los supuestos de exclusión de voto como un *numerus clausus*²⁶.

Cabe señalar además que los nuevos supuestos de exclusión de voto o, mejor dicho, de exclusión del cómputo de determinados créditos para las mayorías se basan en un fundamento diferente a los supuestos previstos por la ley concursal. Ya no se trata de evitar el voto complaciente o voto positivo, sino que, por el contrario, se pretende evitar el voto negativo, es decir, el voto de los acreedores que por alguna causal no van a prestar la conformidad a la propuesta de acuerdo preventivo.

3.1. *Los nuevos supuestos de exclusión de voto*

Dentro de los supuestos no legales en los que se ha propugnado la exclusión de voto de ciertos acreedores encontramos a:

a) *Exclusión de voto del Fisco*. Dentro de la necesidad de encontrar el equilibrio imprescindible entre los intereses fiscales, ya sean nacionales, provinciales o municipales, y el interés general concursal, manifestado este último a través del principio de conservación de la empresa concursada y mantenimiento de las fuentes de trabajo, se ha generado una tendencia doctrinaria²⁷ y jurisprudencial²⁸ donde se ha colocado en crisis la posibilidad de voto de los organismos fis-

²⁶ BARAVALLE y GERBAUDO, *Tendencias actuales respecto a la "exclusión de voto del artículo 45 de la LCQ"* cit.

²⁷ Con el recordado Guillermo Mosso en el año 2000, quien en ponencia que fuera presentada en la Ciudad de Mendoza en las Jornadas de Derecho Concursal sostuvo que los créditos fiscales deben ser excluidos del cómputo de las mayorías.

²⁸ A partir del fallo de la CNCom., sala D, 5-3-2002, "Inflight SA s/Concurso preventivo", L. L. 2002-E-649.

cales, con principal referencia a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP).

Y ésta resulta ser una cuestión que puede presentarse en podríamos decir todos los procesos concursales, debido a la rigidez de las políticas fiscales y a la propia ineficiencia del Estado para procurar el cobro de los tributos²⁹.

Las salidas que se han analizado doctrinaria y jurisprudencialmente para el tratamiento de los acreedores fiscales han sido:

- (i) La categorización del crédito del Fisco y el ofrecimiento de una propuesta igual al plan de adhesión respectivo previsto por la normativa vigente³⁰.
- (ii) Considerar el anuncio del deudor de acogimiento al plan de pagos previsto por la normativa fiscal para deudores concursados como conformidad a la propuesta³¹.
- (iii) Exclusión del voto o exclusión del cómputo de las mayorías del acreedor fiscal.

Esta última de las salidas indicadas ha sido la que prioritariamente han acogido la jurisprudencia y la doctrina en el último tiempo.

Alegria, en comentario laudatorio al fallo “Inflight SA”, resume los argumentos de la Cámara Nacional de Comercio, sala D para justificar la exclusión del voto de la AFIP de la siguiente manera:

- “a) La decisión de exclusión de un acreedor es inapelable, no advirtiéndose una situación de excepción a este principio.
- ”b) La concursada anunció su acogimiento a un plan de pago establecido bajo Resolución General.
- ”c) Es sabido que la DGI no acepta quitas en el pago. Por lo tanto no excluir su voto obligaría a incluir a los demás acree-

²⁹ Conf. GRANADOS, Ernesto I. J. y BORSINI, Mayra, *Límites al contenido del acuerdo y facultades del juez concursal con relación a los créditos fiscales en el concurso preventivo y acuerdo preventivo extrajudicial*, ponencia presentada en el V Congreso Argentino de Derecho Concursal y III Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Ad-Hoc, 2003, t. II, p. 518.

³⁰ A título de ejemplo, y para la AFIP, la resolución general AFIP 970/01.

³¹ Tuvo su recepción jurisprudencial: J1ºInst.Com. Nº 11 de Capital Federal, autos “Ateneo Popular de Versailles Asociación Civil s/Concurso preventivo”.

dores en planes similares a los de la DGI, en contradicción con el sistema concursal.

- ”d) La exclusión del crédito fiscal del cómputo de las mayorías evita que el apelante impida la obtención del acuerdo, cuando su acreencia sólo podrá ser percibida con arreglo al plan de facilidades de pago dispuesto por reglamentación.
- ”e) La no categorización oportuna del crédito fiscal en una categoría separada no importa gravamen material para el Fisco desde que su crédito será percibido conforme a la resolución que rige a su respecto.
- ”f) Si se incluyera al Fisco en la misma categoría que los otros acreedores sólo sería negociable una fracción del pasivo, incrementándose en forma inadmisibles las mayorías previstas por el artículo 45 de la ley 24.122”³².

Algunos de los precedentes jurisprudenciales que han seguido la misma línea del fallo “Inflight SA” han sido: autos “Frigorífico Regional San Antonio de Areco SACI s/Concurso Preventivo”³³; autos “Inta Textil Argentina SA s/Concurso preventivo”, de fecha 19 de abril de 2004³⁴; autos “Bak Plastic Ítalo Argentina SRL s/Concurso preventivo”³⁵; autos “Imperiale, Augusto Bernardo s/Quiebra”³⁶; autos “Albe SA s/Concurso preventivo”³⁷; autos “Obra Social del Personal de la Industria del Calzado s/Concurso preventivo”³⁸; autos “FACYCA SACIFI s/Concurso preventivo”³⁹; autos “Hospital Privado Modelo

³² ALEGRIA, Héctor, *La relación Fisco-concurso (con especial referencia a la exclusión de voto del Fisco en el acuerdo preventivo)*, comentario al fallo de la CNCom., sala D, “Inflight SA s/Concurso preventivo”, L. L. 2002-E-648.

³³ CNCom., sala B, 17-12-2002, “Frigorífico Regional San Antonio de Areco SACI s/Concurso preventivo”, en www.laleyonline.com.ar.

³⁴ CNCom., sala B, 19-4-2004, “Inta Textil Argentina SA s/Concurso preventivo”, L. L. del 26-7-2004, p. 6; IMP 2004-B-2888.

³⁵ CNCom., sala C, 11-10-2005, “Bak Plastic Ítalo Argentina SRL s/Concurso preventivo”, L. L. 2006-A-611, IMP 2006-5-793.

³⁶ CNCom., sala C, 15-4-2003, “Imperiale, Augusto Bernardo s/Quiebra”.

³⁷ CNCom., sala C, 17-11-2000, “Albe SA s/Concurso preventivo”.

³⁸ CNCom., sala C, 5-9-2003, “Obra Social del Personal de la Industria del Calzado s/Concurso preventivo”.

³⁹ CNCom., sala C, 30-8-2005, “FACYCA SACIFI s/Concurso preventivo”.

SA s/Concurso preventivo”⁴⁰; autos “Julián Álvarez Automotores SA s/Concurso preventivo”⁴¹ y autos “Iraldi, Ángel R. s/Quiebra”⁴².

En contra de la exclusión del voto de la AFIP encontramos entre otros precedentes los siguientes: autos “Ablo SA s/Concurso preventivo”⁴³; autos “Librería Diagonal SA s/Concurso preventivo”⁴⁴; autos “Asociación Cristiana de Jóvenes s/Concurso preventivo”⁴⁵; autos “Doso SRL s/Concurso preventivo”⁴⁶.

b) *Exclusión de voto del acreedor en competencia.* La sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Ciudad de Buenos Aires ha resuelto un interesante caso de pretensión de exclusión de voto de un acreedor que es uno de los competidores del concursado en su actividad empresaria⁴⁷.

La concursada solicitó la exclusión del “Grupo Fisher” para el cómputo de los votos fundando el planteo en la aplicación extensiva del artículo 45 de la LCQ y las disposiciones de la Ley 25.516 de Defensa de la Competencia, por tratarse de un acreedor que estaría en flagrante competencia.

El juez de primera instancia hizo lugar a la exclusión solicitada por la concursada por considerar que la conducta del acreedor se enmarca dentro de los parámetros de la “competencia desleal” por cuanto el “voto negativo” integraba una serie de actos que, en su conjunto, importan una práctica desleal de exclusión de un competidor del mer-

⁴⁰ CNCom., sala B, 5-4-2006, “Hospital Privado Modelo SA s/Concurso preventivo”, L. L. 2006-D-409, IMP 2006-17-2185.

⁴¹ CNCom., sala B, 2-4-2004, “Julián Álvarez Automotores SA s/Concurso preventivo”, L. L. del 17-12-2004, p. 8.

⁴² CCCom. de San Isidro, sala II, 1-11-2005, “Iraldi, Angel R. s/Quiebra”, L. L. B. A. 2006-542 (mayo).

⁴³ JN1ªInst.Com. Nº 11 de Capital Federal, 12-5-2000, “Ablo SA s/Concurso preventivo”.

⁴⁴ CNCom., sala A, 16-9-2003, “Librería Diagonal SA s/Concurso preventivo”, L. L. Suplemento Concursos y Quiebras 2004-56.

⁴⁵ J1ªInst.Distr.CCom. 6ª Nom. de Rosario, 14-6-2004, “Asociación Cristiana de Jóvenes s/Concurso preventivo”, res. 434.

⁴⁶ CNCom., sala A, “Doso SRL s/Concurso preventivo”, IMP 2006-15-1928, L. L. 2006-D-738.

⁴⁷ CNCom., sala C, “Equipos y Controles SA s/Concurso preventivo”, L. L. 2003-C-721, IMP 2003-B-2922.

cado o cuando menos de grave peligro relevante, por lo que estimó que correspondía privar de efectos a su voto para no convalidar la configuración de un ilícito.

La resolución de primera instancia fue apelada por los integrantes del “Grupo Fisher”.

La decisión de la Cámara fue contraria a la exclusión aunque con la disidencia del doctor Monti.

El voto de la mayoría decidió la no exclusión en este caso por los siguientes argumentos:

- (i) Analizando la cuestión a la luz de la normativa concursal consideraron que respecto del artículo 45 de la ley 24.522, la jurisprudencia y doctrina mayoritaria optan por la taxatividad de las excepciones para limitar aquellos casos en que cabe presumir el sentido favorable del voto y aun aquellos que admiten que la prohibición puede extenderse a ciertos supuestos no incluidos expresamente, pero que no se contempla la posibilidad de excluir el voto negativo. Agregó la Cámara que “más allá de la opinable conveniencia que pudiera derivarse de la inclusión de otros supuestos en que resultara justificada la exclusión de ciertos acreedores de la votación de la propuesta, lo cierto es que la ley vigente no contempla el caso aquí examinado, por lo que –en vía de principio– no puede privarse a un acreedor de un derecho trascendental para el curso del proceso, como lo es prestar o no la conformidad al acuerdo que ofrece su deudor”.
- (ii) Agregó además la mayoría que la presentada no parece ser la vía adecuada para juzgar una conducta que se denuncia como contraria a la lealtad comercial. Para la Cámara –la mayoría– la concursada debió plantear la cuestión en otro ámbito, ya que “la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia estatuye un sistema en virtud del cual las conductas que pudieran constituir prácticas restrictivas de la competencia quedan sujetas a sus disposiciones y bajo la órbita del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, órgano autárquico encargado de aplicar y controlar el cumplimiento de dicha ley (art. 17), limitando la intervención judicial a la revisión de dichas decisiones (art. 53, ley cit.)”.

- (iii) Critica la Cámara asimismo que el juez de grado consideró configurado un “acto de competencia desleal” con las únicas constancias obrantes en el trámite concursal, contrario al procedimiento de orden público previsto por la ley 25.156.

El doctor Monti, en disidencia, consideró que la resolución de primera instancia debía confirmarse.

El magistrado basó su decisión en que “la inteligencia estricta que suele predicarse en punto a las causales de exclusión del voto de ciertos acreedores en el concurso, no puede conducir a hacer de ellas un *numerus clausus* que impida correlacionar, esa regla con otras normas del ordenamiento jurídico, dentro o fuera del propio régimen concursal. En especial si se trata de normas cuya incidencia no podría postergarse en tanto reflejen principios indisponibles, imperativos y vinculantes para los jueces por ser inescindibles del orden público, la moral, la buena fe y las buenas costumbres, que ellos deben resguardar (arts. 21, 502, 530, 542, 872, 953, 1047, 1071, concs., Cód. Civ.). De modo que si en la emisión de voto se percibe una infracción a tales normas y principios, la consecuencia no puede ser otra que la ineficacia de dicho acto, como acto jurídico que es (art. 18, Cód. Civ.), situación que conduce a la exclusión del cómputo de ese voto, que es precisamente su efecto propio (art. 1050, Cód. Civ.), más allá de otras consecuencias que puedan derivarse de él, tanto en el ámbito administrativo como jurisdiccional (art. 1056, Cód. Civ.)”. Agrega en su voto en disidencia que las disposiciones de la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia, no pueden tener incidencia en este caso bajo el pretexto de hallarse insertas en una ley distinta a la ley concursal.

Rivera está “de acuerdo con la solución de la mayoría pues indudablemente no hay base legal para la exclusión, y, por otra parte, estimamos que tanto el voto decisivo cuanto la disidencia omiten considerar un elemento importantísimo: si el competidor acreedor fue acreedor originariamente, por relaciones tejidas directamente con el deudor ahora concursado, o si adquirió tal condición de acreedor por cesión de créditos celebrada con los que eran realmente acreedores. Sólo en este último caso podría pensarse que el competidor se ha colocado voluntariamente en la condición de acreedor para de ese modo tratar de obstruir la aprobación de un acuerdo preventivo. Por el con-

trario, si el deudor hoy concursado negoció directamente con su competidor no puede lograr pretender que él no vote el acuerdo preventivo, porque: (i) Siempre supo que estaba negociando con su competidor; (ii) él incurriría en una conducta abusiva al pretender que quien siempre fue su acreedor –y para ello debió haberle dado crédito, lo que significa confianza– luego sea excluido del cómputo; (iii) el efecto que ello podría causar es que justamente el perjudicado fuera el acreedor que de buena fe le dio crédito al deudor luego concursado”⁴⁸.

Por su parte Vítolo ha criticado esta decisión de la Cámara⁴⁹. En cambio, Meijide Castro y Recio han compartido el criterio de exclusión del acreedor en competencia⁵⁰.

c) *Exclusión del voto por vicios de la voluntad al momento de decidir la emisión del mismo*. En el Congreso de Derecho Concursal llevado a cabo en la ciudad de Rosario durante el año 2006⁵¹, Rubén Ricardo Pardo y Fernando José Físicaro presentaron una ponencia en el sentido de excluir del voto por vicios de la voluntad al momento de decidir la emisión del mismo.

⁴⁸ RIVERA, *Instituciones de Derecho Concursal* cit., t. I, p. 445.

⁴⁹ VÍTOLO, Daniel R., *La no exclusión del voto del competidor en un concurso preventivo. Un fallo desafortunado*, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Nº 189, agosto de 2003, p. 802. Sosteniendo: “...así como el juez –antes de la sanción de la ley 25.589 y también luego de dicha sanción– en ningún caso puede homologar una propuesta abusiva o en fraude a la ley, tampoco deberá permitir que el acuerdo preventivo sea frustrado por quienes lleven adelante conductas también abusivas y en fraude a la ley”.

⁵⁰ MEIJIDE CASTRO, Marina y RECIO, Juan Ignacio, *Supuestos ¿taxativos? de exclusión de voto en la ley 24.522. Particular situación del acreedor competidor de la concursada*, ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia llevado a cabo en la ciudad de Rosario, los días 27, 28 y 29 de septiembre de 2006, t. I del libro de ponencias, Imprenta Lux, 2006, ps. 589 y ss., quienes sostuvieron que “compartimos el criterio que postula posibilidad de excluir de la base para el cómputo de las mayorías al acreedor que revista calidad de competidor de la concursada. Ello, en tanto resulten acreditados los presupuestos que lo hagan viable en el caso concreto, analizados bajo un criterio restrictivo por tratarse de una limitación de un derecho, que si bien no puede considerarse absoluto, sí es esencial e inherente a todo acreedor verificado o declarado admisible”.

⁵¹ VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia cit.

Fundaron la misma en que corresponde la exclusión en aquellos casos en que un acreedor por su “imposibilidad moral”⁵² no puede decidir libremente sobre la propuesta, dándose en ese caso el supuesto en el cual el acreedor carece de “libertad” de decisión⁵³.

Indican los autores de la ponencia en cuestión que “la falta de libertad” al momento de decidir el voto de la propuesta vicia el acto jurídico y por lo tanto el mismo deviene nulo (arts. 953 y 954, Cód. Civ.). Y que “la voluntad del acreedor se encuentra inducida por motivos extracreditarios que no se corresponden con el interés de los demás acreedores y, aun en el caso de que la propuesta ofrecida sea el pago de la totalidad de las acreencias, se abstendría de votar”.

Dado que se encuentran en juego la moral, las buenas costumbres, la buena fe, el orden público y los vicios de la voluntad sostiene que en esos supuestos corresponde excluir del cómputo a aquellos acreedores que se encuentren en esa situación, siempre que dichas circunstancias fueran comprobadas fehacientemente en incidente.

d) *Exclusión del voto del cesionario*. Otro de los supuestos en los que se ha sostenido la procedencia de la exclusión del cómputo de las mayorías previstas en el artículo 45 de la ley 24.522 es respecto de aquellos “acreedores concursales que resulten titulares de sus créditos mediante cesión de derechos realizada con fecha posterior a la presentación en concurso preventivo”⁵⁴.

Fundamenta Rosolén su postura en que las cesiones de créditos verificados y/o declarados admisibles en el trámite de un concurso

⁵² A simple título de ejemplo, los ponentes indican: “v. gr., muchas veces, en nuestros tribunales nos encontramos ante situaciones en las que un profesional letrado fuera apoderado del deudor con antelación al proceso concursal, tiene un crédito verificado en el concurso y, a su vez, representa legalmente a uno o varios acreedores del concurso de su anterior cliente”.

⁵³ Conf. PARDO, Rubén Ricardo y FISICARO, Fernando José, *Exclusión de voto por vicios de la voluntad al momento de decidir la emisión del mismo*, ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia cit., t. I.

⁵⁴ ROSOLÉN, Juan Pedro, *La exclusión del cómputo del cesionario. El modelo español. La necesidad de una reforma de la ley 24.522*, ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia cit., t. I, ps. 771 y ss.

preventivo llevan a una desnaturalización del proceso concursal y su finalidad, “ya que el deudor concursado termina negociando el acuerdo con titulares de créditos que, o bien tienen un fin meramente especulativo y persiguen sólo beneficio financiero –con un claro interés distinto del resto de los acreedores concurrentes–, o bien estas cesiones ocultan la compra del crédito por parte del propio concursado”⁵⁵.

El cesionario complaciente con el deudor modifica el equilibrio y le quita poder de negociación a los acreedores concurrentes.

Dasso indica la posición de algunos autores en un reciente artículo publicado. Así señala que: “Vítolo⁵⁶: realiza un exhaustivo estudio con doctrina nacional e italiana, y el estado de la problemática en nuestra jurisprudencia con particular referencia al derecho de voto en hipótesis de cesión de créditos y el pago por subrogación, incluyendo también la situación de los titulares de créditos adquiridos por esa vía frente a la insinuación en el pasivo concursal, y predica una propuesta interpretativa que limita los derechos de los acreedores advenidos por esas vías, según las modalidades de la cesión del crédito en cuanto al momento del acontecimiento con referencia a la fecha de apertura del concurso o de la verificación⁵⁷. En la misma línea Moro⁵⁸ propicia la separación del derecho de voto respecto de la calidad de acreedor, y Richard⁵⁹, quien sostuvo: “Vinculado a la cuestión de cómo pueden aprobarse propuestas írritas, en el análisis de la praxis concursal se advierte que la aprobación de propuestas írritas de quitas y esperas

⁵⁵ ROSOLÉN, *La exclusión del cómputo del cesionario. El modelo español...* cit., p. 772.

⁵⁶ VÍTOLO, Daniel Roque, *Transferencia de créditos en el concurso y sustitución concursal*, en L. L. del 27-11-2006.

⁵⁷ Ver del mismo autor *El pago por subrogación y la cesión de créditos no habilitan necesariamente la sustitución concursal*, en VÍTOLO y PARDINI, *Problemas y cuestiones sobre los concursos*, Ad-Hoc, 2006.

⁵⁸ MORO, Carlos Emilio, *El pago por subrogación no genera “ope legis” el derecho de voto en quien lo efectúa*, ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia cit., t. I, p. 535.

⁵⁹ RICHARD, Efraín, *Propuesta írrita aprobada con voto connivente*, ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia cit., t. I, p. 745.

está unida al voto de ciertos terceros que sustituyen a acreedores convocados actuando en forma contraria a la posición jurídica de acreedor”.

En sentido contrario, con criterio en principio no excluyente de voto a cesionarios y subrogatarios: Palmero, Palmero (h) y Araya⁶⁰; Lorente⁶¹, y Maffía⁶², quien aporta su agudo razonamiento sobre el tema centrándolo en el carácter en principio taxativo del elenco excluyente de voto del artículo 45 de la LCQ poniendo particular encomio en el completo trabajo de Marcelo Barreiro⁶³: “las prohibiciones del artículo 45 ¿es posible ampliarlas? Nuestra posición [...] el criterio estricto de la imposibilidad de ampliar la vigencia de la actual 24.522 considerando el elenco del artículo 45 como una enumeración taxativa [...] en la consideración del suscripto los criterios de prohibición del artículo 45 basado en especialísimas relaciones personales o societarias no pueden ampliarse, pues respecto a ellos rige el inveterado principio jurisprudencial del máximo tribunal de no ampliar prohibiciones o restricciones de derecho por vía de una realización extensiva o análoga...”

Cabe señalar con relación al Derecho Comparado que la Ley Concursal española (22/2003) indica en su artículo 122⁶⁴, dedicado al elenco

⁶⁰ PALMERO, Juan Carlos; PALMERO (h), Juan Carlos y ARAYA, Tomás M., *El artículo 45 de la LCQ, exclusión de voto y el abuso del derecho*, ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia cit., t. I, p. 745.

⁶¹ LORENTE, Javier A., *La cesión de créditos concursales (o inversión política: la “compra de votos”)*, ¿es contraria a derecho; más aún, es inmoral?, ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia cit., t. I, p. 415.

⁶² MAFFÍA, Osvaldo, *Fundamentos o fachada de justificación –alcance del artículo 45 de la LC sobre privación de derecho de voto–*, en E. D. del 4-12-2006, p. 1.

⁶³ BARREIRO, Marcelo, *¿Están todos los que son o son todos los que están? (Sobre la exclusión del voto)*, en *Doctrina Societaria y Concursal*, mayo de 2005, p. 503.

⁶⁴ Ley de Concursos española: Art. 122. Acreedores sin derecho a voto. 1) No tendrán derecho de voto en la junta: 1º Los titulares de créditos subordinados. 2º Los que hubieran adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración del concurso, salvo que la adquisición hubiera tenido lugar por un título universal o como consecuencia de una realización forzosa. 2) Los acreedores comprendidos en el apartado anterior podrán ejercitar el derecho de voto que les corresponda por otros créditos de que sean titulares.

de acreedores sin derecho a voto, que veda su ejercicio tanto en el concurso voluntario (a instancia del deudor), como en el involuntario (a instancia de acreedor) a quienes hubieren adquirido el crédito después de la declaración del concurso, salvo que la transferencia fuere por título universal o consecuencia de una realización forzosa (art. 122, 2º)⁶⁵.

Por su parte, la legislación italiana no ha seguido este modelo español, sino que por el contrario nada indica dentro del elenco de los excluidos del cómputo.

3.2. *¿Qué consecuencias lleva la exclusión de voto? ¿Implica la exclusión de los acreedores?*

Según sostiene la doctrina, la exclusión de voto o exclusión del cómputo de la base de cálculo para la determinación de las mayorías no excluye a los acreedores de los efectos del acuerdo homologado⁶⁶. Para ello se basa en lo previsto por la normativa concursal en su artículo 56, primer párrafo.

Es decir que el funcionamiento del instituto de la exclusión de voto o exclusión del cómputo de las mayorías tal como fuera ideado por los legisladores resulta claro. Aquellos acreedores que por encontrarse incurso en alguna de las causales legales previstas por la norma concursal se ven privados del derecho de prestar aprobación mediante la conformidad o no a la propuesta de acuerdo preventivo hecha pública por el deudor concursado. Pero, no obstante ello, aprobada por las mayorías legales y homologada la propuesta, la misma le es oponible a los acreedores excluidos del cómputo.

Ahora bien, la incorporación doctrinaria y jurisprudencial (admitiendo la no taxatividad de la enumeración legal prevista por el art. 45 de la LCQ) de otros supuestos ha llevado a que lo indicado en el párrafo anterior se encuentre en plena crisis.

Se admite bajo estas nuevas interpretaciones que a acreedores ex-

⁶⁵ DASSO, Ariel A., *Un “nuevo” Derecho Concursal en el Derecho Comparado. En ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)*, en L. L. Online.

⁶⁶ Conf. RIVERA, ROITMAN y VÍTOLO, *Ley de Concursos y Quiebras* cit., t. I, p. 744.

cludidos no se les haga extensiva y aplicable la propuesta homologada, sino que, por el contrario, van a percibir sus créditos de otras formas (por ej., la AFIP percibirá su crédito en los términos indicados en la RG 970/2001).

En comentario al fallo “Compañía de Alimentos Fargo SA s/Concurso preventivo” (L. L. Sup. Concursos y Quiebras 2005-26 [marzo]) dijimos: “Si bien consideramos auspiciosa la nueva corriente que tiende a ampliar las causales de exclusión de voto, mas allá de las que están establecidas en la ley, creemos que esta ampliación debe ser realizada con mesura y suma cautela, y principalmente sin que se prive en forma injustificada a los acreedores concurrentes del derecho de decidir sobre la propuesta, y al deudor concursado de aplicar los efectos del acuerdo homologado (conf. arg. art. 56, párr. 1º)”⁶⁷.

4. Algunas reflexiones finales

Tal como hemos reseñado e indicado en el presente, todo lo relacionado con la exclusión de voto o exclusión del cómputo de las mayorías a diversos acreedores ha ido llevando a un rediseño del Derecho Concursal. Mucho se ha escrito sobre esta cuestión, y los tribunales han tomado diversas posiciones.

Lo que sí creemos es que resulta a todas luces imprescindible que el administrador de justicia al momento de sentenciar tenga en consideración la importancia del resolutorio que se le reclama.

Ello en virtud de que las pretensiones de exclusión conducen sin más a privar al acreedor excluido de un derecho fundamental e inherente a su calidad de acreedor legítimo verificado y/o declarado admisible, cual es el derecho a participar en la decisión fundamental para el resultado del concurso durante el trámite del período de exclusividad, como es el prestar o no su conformidad al acuerdo preventivo ofrecido por el concursado. Máxime teniendo en consideración que conforme lo indica el artículo 56, primer párrafo de la ley 24.522 el acuerdo

⁶⁷ GRANADOS, Ernesto I. J. y ÁLVAREZ, Fernando A., *¿La no caducidad de los plazos en el concurso preventivo posibilita otra vía de exclusión de voto?*, comentario al fallo “Compañía de Alimentos Fargo SA s/Concurso Preventivo”, en *Revista de Derecho Concursal*, Zeus, t. V.

homologado produce efectos respecto de todos los acreedores quirografarios cuyos créditos se hayan originado por causa o título anterior a la presentación, aunque no han participado en el procedimiento. Es decir que la norma propone la imposición del acuerdo a todos los acreedores, y ello importa tanto a los concurrentes como a los no concurrentes, lo que deriva, con toda obviedad, que también se impone a los “excluidos”.

Por ello, estimamos que si bien la taxatividad de la enumeración del artículo 45 en cuanto a los sujetos excluidos no es tal, siendo importantes para la elaboración de esta materia concursal las nuevas situaciones de exclusión que se han ido generando en los últimos tiempos, debe evitarse el abuso en el que han pretendido incurrir aquellos concursados en aras de obtener las mayorías legales concursales en desmedro del derecho de ciertos acreedores. Siempre resulta fundamental el análisis concreto del caso y la armonización del sistema legal concursal con el resto del ordenamiento, pero no solamente analizado desde el punto de vista del concursado, sino también desde el punto de vista del acreedor excluido.

A lo indicado a lo largo del presente cabe solamente formular una reflexión teniendo en cuenta el proyecto de ley que pretende modificar parcialmente la ley 24.522 y sus modificatorias. Por el mismo se incorporan diversas cuestiones en el articulado concursal tendientes a la ¿mejora? de la situación del Fisco nacional, provincial y/o municipal⁶⁸.

Pero en lo que hace a este trabajo nos interesa la pretendida exclusión que formula la reforma de los créditos fiscales en el trámite del Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE), cuyos titulares en consecuencia conservan las acciones, intereses, multas contra el deudor apista.

Más allá de que como señala Barreiro los créditos fiscales generalmente no se han incluido en este tipo de procesos, la reforma pretende excluirlos definitivamente dejando de ser ya una opción del deudor la inclusión o no de este tipo de créditos.

Ante este pretendido avance de neto carácter fiscal (o mejor dicho, en supuesto beneficio del Fisco) en la ley concursal, solamente cabe

⁶⁸ Al respecto, sugerimos ver BARREIRO, Marcelo G., *Un nuevo intento de excluir al Fisco de los efectos de los procesos concursales*, en www.laleyonline.com.ar.

preguntarnos si en un futuro no nos encontraremos con un nuevo proyecto de reforma donde dentro del elenco no solamente de los excluidos del cómputo de las mayorías, sino también de los excluidos del trámite concursal, se hallen los créditos fiscales.

Nos preguntamos si no es hora de pensar en una reforma integral de la legislación concursal y no en meros emparches que terminan complicando la coherencia y congruencia que debe tener el sistema jurídico. La pregunta resulta, a nuestro juicio, oportuna frente a una reforma parcial, ya que si seguimos excluyendo acreedores que sufran las consecuencias de la insolvencia y no nos ocupamos de si las concursadas son viables o no, ¿estamos frente a un sistema concursal o, por el contrario, estamos ante un sistema de “salvataje” de los que tengan más poder de negociación, más acceso a la información o más acceso a los resortes necesarios para los cambios legislativos⁶⁹?

⁶⁹ GRANADOS, Ernesto I. J., *La necesidad de una nueva legislación*, ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia cit., p. 357, t. I.

UNIDAD Y PLURALIDAD EN EL CONTRATO DE FIANZA*

por CARLOS A. HERNÁNDEZ**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El contrato de fianza como negocio predispuesto. 3. La fianza prestada para garantizar una operación de consumo. 4. La figura del fiador principal pagador como especie de fianza. 5. La fianza general, la fianza de obligaciones futuras y la fianza ómnibus. 5.1. Consideraciones en torno a la validez y a los límites de las fianzas de obligaciones futuras: análisis crítico de nuestro régimen legal. 5.2. El monto máximo en las fianzas ómnibus como exigencia emergente del deber de información. 5.3. Garantías de objeto y monto indeterminado. 5.4. Criterios complementarios para la delimitación del riesgo asumido por el fiador. 5.5. Posturas judiciales en torno a la exigencia de determinación de su objeto. Declaración de ilicitud de fianzas ómnibus. 5.6. Retracción de la fianza de obligaciones futuras. 5.7. Otros efectos diferenciales. 6. Especialidad del régimen de la fianza en la locación. 6.1. Carácter de la norma y cláusulas de extensión de la fianza. 7. La fianza frente a la situación concursal del deudor. 8. Conclusión.

1. Introducción

Las figuras contractuales tipificadas están en constante transformación. La fuerte unidad que las caracterizó ha venido morigerándose mediante el reconocimiento en cada una de ellas de múltiples especies que exhiben fuertes matices y diferencias y que se expresan en regu-

* Este trabajo ha sido elaborado sobre la base de la investigación que el autor concretara en el marco del *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial*, obra dirigida por Ricardo L. Lorenzetti y coordinada por Carlos A. Hernández, publicada en Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, t. II, ps. 607 a 742.

** Profesor Titular Asociado de Derecho Civil III, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

laciones de mayor complejidad. Los ejemplos abundan, pudiendo reconocerse, entre muchos otros, los casos paradigmáticos que suministran la locación de cosas, el leasing y el fideicomiso. En la regulación de la fianza, siempre fueron admitidos una pluralidad de subtipos; así, el Código de Vélez recogió las variantes de la fianza legal, judicial, convencional, simple, solidaria, del principal pagador, de obligaciones futuras. Desde esta perspectiva, el menú de alternativas históricamente disponibles evidencia una marcada *complejidad* normativa, que coincide con la tendencia actual de muchos otros contratos tipificados.

Sin embargo, no puede negarse que la variedad de figuras bajo las cuales fue construido el régimen de la fianza ha sufrido cambios. Frente a la pluralidad de fianzas admitidas para graduar la responsabilidad del fiador, la realidad social demuestra que los acreedores imponen las formas más exigentes, lo que hace que en la práctica negocial resulte poco frecuente la figura de la fianza simple¹. Por su parte, la fianza solidaria ha absorbido a la figura del principal pagador mediante los aportes doctrinarios de las últimas décadas que esclarecieron el sentido del artículo 2005 del Código Civil.

Estamos convencidos de que esta aparente *simplificación* del régimen vigente esconde nuevas *complejidades*. En tal sentido, no debe olvidarse que recientemente se ha tipificado un subtipo de fianza en el campo de las locaciones inmobiliarias (art. 1582 bis, Cód. Civ.). Del mismo modo, el estatuto de defensa del consumidor proyecta sus efectos sobre las fianzas prestadas para garantizar negocios de consumo. También, la fianza de obligaciones futuras ha cobrado una inusitada significación, que genera nuevas tensiones que imponen consideraciones precisas sobre sus matices y peculiaridades.

Todo lo dicho acontece en un contexto de creciente demanda de protección del fiador, y al mismo tiempo, del crédito, y en un marcado contrapunto entre los principios de accesoriedad y autonomía propios

¹ LORENZETTI, R. L., *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, ps. 489 y ss.; BUERES, A. J. y MAYO, J. A., *Lineamientos generales sobre las "garantías" de la obligación en el Derecho Privado*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2, *Garantías*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 37 y ss.; FRESNEDA SAIEG, M.; ESBORRAZ, D. F. y HERNÁNDEZ, C. A., *El fiador principal pagador y el contrato de locación de cosas*, en *Juris* 91-687.

de las garantías del Derecho Obligacional, que explican buena parte de los debates sobre los alcances y límites de la fianza y sus relaciones con otras figuras más modernas².

Sobre esta realidad fáctica, normativa y valorativa encaramos este aporte, que dedicamos al entrañable maestro *don Luis O. Andorno*, a quien estaremos eternamente agradecidos por sus enseñanzas, por su modelo de hombre integral y por cultivar la disciplina como pocos, haciéndolo con una humildad inigualable. Un docente e investigador preocupado y ocupado en los más jóvenes, a quienes siempre les dedicó su atención, instándolos a superarse. Por ello, su huella será imborrable y perdurará eternamente entre nosotros.

2. El contrato de fianza como negocio predispuesto

En paralelo con las diferentes especies de fianza resulta oportuno recordar también que este negocio presenta distintas modalidades de concertación. Aunque en ocasiones la garantía se otorga luego de una meditada negociación de sus términos, que se evidencia en el conocimiento por parte del fiador de los riesgos contractuales que asume, con frecuencia la vida negocial da cuenta de otra realidad, en donde la fianza se formaliza bajo el esquema de predisposición-adhesión, con escasos niveles de transparencia negocial, lo cual se refleja en la insuficiente información con la que cuenta el fiador al momento de la celebración del contrato, e incluso, en fase de ejecución del mismo, y en la rigurosidad de las cláusulas bajo las cuales se celebra³. Allí están los ejemplos que nos proporcionan las fianzas constituidas para garantizar locaciones inmobiliarias y negocios bancarios celebrados para satisfacer necesidades de consumo.

Dentro de ese contexto, no debe llamar la atención que tanto en nuestro país como en el Derecho Comparado se ha generado una fuerte

² Excede el propósito de este trabajo adentrarse en las difíciles fronteras entre la fianza y las nuevas garantías, como la garantía a primera demanda o requerimiento.

³ FRESNEDA SAIEG, M. y HERNÁNDEZ, C., *Límites a la responsabilidad del fiador en las fianzas abiertas*, en *Zeus* 92-D-59 y ss.; NICOLAU, N., *Los negocios de garantía*, Trabajos del Centro, Revista del Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Rosario, 1998, N° 3, ps. 24 y ss.

preocupación por la protección del fiador, procurando que el mismo tome debido conocimiento de los riesgos contractuales que asume, y que estos riesgos guarden una adecuada relación con el tipo de negocio garantizado, la actividad ordinaria del deudor y su situación patrimonial. Pese a la ausencia en nuestro ordenamiento de reglas especiales que vayan en esta dirección, se ha postulado enriquecer las normas relativas al contrato de fianza a través de una interpretación vivificadora al amparo de los principios generales, particularmente los de buena fe, razonabilidad y protección del consumidor, que actúan como instrumentos flexibles a la hora de juzgar el alcance de la responsabilidad del fiador⁴.

No se trata de defender una protección exagerada del fiador que conmocione las bases mismas de esta garantía, sino de preservar estándares mínimos de tutela en aras de la afirmación de la lealtad negocial en aquellos supuestos en donde se reconozca la predisposición del contrato.

3. La fianza prestada para garantizar una operación de consumo

Cabe preguntarse si a la fianza constituida para garantizar negocios de consumo –verbigracia saldo deudor de tarjetas de crédito, préstamos personales, contratos de leasing, contratos de locación sobre cosas muebles, etcétera–, puede aplicársele el estatuto de defensa del consumidor, lo cual reviste importancia, entre otros aspectos, en materia de información y cláusulas abusivas. Cuando la relación garantizada es de consumo, importa saber si la protección se detiene en el deudor principal o, por el contrario, puede extenderse al fiador. Nos inclinamos por esta última postura⁵, con sustento en los siguientes argumentos:

- a) El principio de *accesoriedad*, que en esencia se caracteriza por

⁴ FRESNEDA SAIEG y HERNÁNDEZ, *Límites a la responsabilidad del fiador en las fianzas abiertas* cit., p. 59.

⁵ Ídem, p. 64; ESBORRAZ, D. F. y HERNÁNDEZ, C. A., *Los negocios de garantía y los contratos de consumo en el ámbito de la actividad bancaria*, Trabajos del Centro, Revista del Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Rosario, 1998, N° 3, ps. 54 y ss.

someter lo accesorio a lo principal, sea en cuanto a su origen, naturaleza, efectos o extinción, presenta un protagonismo especial en materia de fianza. En lo que aquí respecta la accesoriedad de la garantía supone proyectar, del negocio principal al subordinado, la naturaleza de consumo del primero, lo que resulta lógico en el esquema del estatuto de defensa del consumidor, que sitúa la protección en el contexto de la relación de consumo (art. 42, Const. Nac.).

b) El artículo 1° de la ley 24.240 atrapa no sólo a los consumidores que han otorgado la garantía para su beneficio propio (v. gr. hipoteca celebrada por el deudor), sino que también se proyecta a aquellos que la han constituido en *beneficio de su grupo familiar o social* (v. gr. contrato de fianza). Si bien es cierto que cuando el garante asume el carácter de tercero respecto del contrato de consumo no deviene en destinatario final de los productos o servicios prestados por el proveedor, es ostensible que el interés que lo mueve radica en favorecer al sujeto que garantiza, a punto tal que sin su colaboración este último no podría obtener la prestación deseada; el rol de consumidores que a nuestro entender ambos asumen se ve reflejado en la relación de consumo que integran con el proveedor.

c) El *principio de igualdad* consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional impide que se distinga, a los fines de la tutela, entre el negocio de consumo y el negocio de garantía. No debe olvidarse que con frecuencia el garante es un tercero que se obliga gratuitamente, siendo por tanto injusto tratarlo más gravosamente que al consumidor beneficiado por esa liberalidad. Esta conclusión no se ve desvirtuada por la circunstancia de que el artículo 1° de la ley 24.240 excluya de su ámbito de aplicación a los contratos gratuitos toda vez que por vía reglamentaria se han considerado como “...consumidores o usuarios a quienes en función de una [...] contratación a título oneroso...” sean parte de un contrato que no implique desplazamiento patrimonial (art. 1°, inc. a, dec. 1798/94).

En síntesis, la aplicación de las normas relativas a la defensa del consumidor a los garantes encuentra, como hemos visto, importantes fundamentos dogmáticos, de allí que las Jornadas Rosarinas de Derecho Civil en homenaje al 30° Aniversario de la Reforma del Código Civil recomendaron en el despacho A.4) que “Las distintas garantías cons-

tituidas para asegurar operaciones de consumo quedan comprendidas, en lo pertinente, dentro del ámbito de aplicación del estatuto de defensa del consumidor”.

4. La figura del fiador principal pagador como especie de fianza

El artículo 2005 del Código Civil da cuenta de una regla interpretativa especial por la cual se considera que quien se obliga como *principal pagador*, aunque sea con la calificación de fiador, debe ser considerado como un *codeudor solidario*, sustrayéndoselo de las normas de la fianza. Una calificada corriente doctrinaria ha hecho una aplicación estricta de dicho precepto, construyendo una rígida frontera entre la *fianza solidaria* y la garantía constituida por el *fiador principal pagador*⁶. Ello no ha impedido interpretar restrictivamente a ciertas cláusulas ambiguas donde la voluntad de obligarse en los términos del artículo 2005 no puede reconocerse fácilmente, tales como las que hacen asumir al garante el rol de *liso llano pagador*, *fiador liso y llano* o *fiador pagador*.

La negativa a situar al *fiador principal pagador* dentro del ámbito de la fianza no es uniforme. Hay una fuerte tendencia en la doctrina actual que postula aplicarle los efectos de la fianza⁷. Tal postura encuentra antecedentes antiguos. Así, Machado se quejó de la alteración

⁶ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., p. 490; BUERES y MAYO, *Lineamientos generales sobre las “garantías” de la obligación en el Derecho Privado* cit., ps. 38 y ss.; MOGLIA CLAPS, G., *Brevísima reflexión sobre el contrato de fianza y el obligado como principal pagador*, en L. L. 1989-A-369.

⁷ ANAYA, J. L. y TRIGO REPRESAS, F. A., *El “principal pagador” en el Derecho Civil y en el Derecho Comercial*, en L. L. 2006-A-1153 y ss.; FRESNEDA SAIEG, ESBORRAZ y HERNÁNDEZ, *El fiador principal pagador y el contrato de locación de cosas* cit., ps. 687 y ss.; GHERSI, C. y WEINGARTEN, C., *Código Civil. Análisis jurisprudencial*, Nova Tesis, Rosario, 2003, t. III, ps. 124 y ss.; NICOLAU, N. L., *Algunas cuestiones acerca de las garantías en las locaciones inmobiliarias*, Aequitas, Colegio de Abogados de Rosario, Año III, N° 3 (julio de 1997), ps. 48 y ss.; NICOLAU, *Los negocios de garantía* cit., ps. 21 y ss.; ZAGO, J., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, en BUERES, A. (dir.) y HIGHTON, E. (coord.), Hammurabi, Buenos Aires, 2003, t. 4D, ps. 373 y ss.

de los hechos que supone la postura emergente del artículo 2005 del Código Civil⁸ y Spota propuso interpretarlo a la luz del principio del abuso del derecho⁹. Sin embargo, quien ha empleado argumentos de mayor solidez para combatir la postura de la interpretación estricta ha sido López de Zavalía¹⁰; entre los más importantes reseñamos a los siguientes: a) Vélez quiso apartarse de su fuente inmediata, el artículo 3311 del Esboço de Freitas, que expresamente afirma: “Sin embargo, cuando alguien se obligare como principal pagador aunque con la calificación de fiador, no deberán aplicarse las disposiciones de este capítulo, sino exclusivamente las otras referentes a los codeudores solidarios”; b) la solidaridad voluntaria del artículo 699 del Código Civil exige unidad de título constitutivo, unidad de obligación y pluralidad de vínculos; es evidente que este esquema no se presenta en la figura del fiador principal pagador, donde no hay unidad de obligación, y cada una de ellas tiene diferente contenido.

Se ha dicho además que aplicar a ultranza la doctrina del artículo 2005 del Código Civil provoca graves confusiones, especialmente en las fianzas prestadas para garantizar contratos con prestaciones recíprocas, en donde por ejemplo, en una locación de cosas, el garante gozaría como el locatario de los derechos emergentes de su calidad de parte (Nicolau), con todas las distorsiones imaginables. Del mismo modo, la posición que combatimos supone negar al fiador principal pagador la posibilidad de valerse del régimen de las excepciones de los artículos 2020, 2021 y 2022 del Código Civil y la aplicación de diferentes causales extintivas de la fianza –artículos 2042 y concordantes–, sin que ello resulte justificado¹¹.

Desde esta perspectiva, se intenta retener al principal pagador dentro

⁸ *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Talleres Gráficos Argentinos, Buenos Aires, t. V, ps. 355 y ss.

⁹ SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1983, vol. VIII, ps. 232 y ss.

¹⁰ LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., *Teoría de los contratos*, Zavalía, Buenos Aires, 1995, t. 5, Parte Especial (4), ps. 41 y ss.

¹¹ FRESNEDA SAIEG, ESBORRAZ y HERNÁNDEZ, *El fiador principal pagador y el contrato de locación de cosas cit.*, p. 691; NICOLAU, *Algunas cuestiones acerca de las garantías en las locaciones inmobiliarias cit.*, p. 49, y LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos cit.*, ps. 50 y ss.

del campo de la fianza, y se respeta la voluntad histórica del Codificador expresada en la nota al artículo 2004 en cuanto sostiene que “La fianza no es sino una obligación accesoria, y debe guardar siempre este carácter esencial, cualesquiera que sean las modificaciones y las cláusulas más o menos rigurosas, bajo las cuales se ha constituido”.

Por lo demás, la interpretación propuesta trasunta una comprensión más realista de la garantía en estudio, generalmente formalizada de manera predispuesta y con bajos niveles de transparencia e información conforme planteamos en los puntos anteriores.

5. La fianza general, la fianza de obligaciones futuras y la fianza ómnibus

El Código admite ampliamente la garantía otorgada en seguridad de una obligación futura, lo que ha generado intensos debates en nuestra doctrina.

Para comprender cabalmente dicho régimen, creemos necesario formular algunas precisiones conceptuales, ligadas al objeto de la fianza, que permiten adentrarnos en los límites del riesgo asumido por el fiador¹².

De acuerdo a su objeto, la fianza puede ser *especial* o *general*¹³; en el primer caso garantiza obligaciones derivadas de una relación singular determinada; en el segundo, se constituye en seguridad de una pluralidad de créditos, existentes o futuros, determinados o determinables. Usualmente, la fianza general supone el afianzamiento de obligaciones futuras, conocidas en el Derecho Comparado como *fianza ómnibus* por cuanto da cuenta de “...deudas futuras en [las que] se garantiza previamente por el fiador las obligaciones que un tercero pueda contraer con la persona a la que se afianza su cumplimiento”¹⁴.

Como mecanismo de garantía, la fianza ómnibus presenta indudables ventajas, toda vez que permite considerar de manera unitaria a

¹² LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., ps. 499 y ss.

¹³ FARGOSI, A. E., *Fianza general de obligaciones futuras e indeterminadas*, en L. L. 1984-C-1186.

¹⁴ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2001, vol. II, ps. 503 y ss.

las diferentes obligaciones que gravan al deudor frente al acreedor. El peligro radica en que el acreedor no valora la situación de su deudor para concederle créditos “...pues tiene la seguridad que le proporciona aquella garantía que se da «a ciegas»”¹⁵.

La necesidad de privilegiar la *transparencia* de estas operaciones jurídicas ha llevado a algunos países a modificar su legislación. Por ejemplo, en Italia se han incorporado normas especiales sobre la materia mediante la ley 154 del 17 de febrero de 1992, titulada *Normas para la transparencia de las operaciones y de los servicios bancarios y financieros*, que importó reformas al Código Unificado de 1942 en orden al afianzamiento de obligaciones futuras en dicho ámbito negocial. Antes de ello, la Corte Suprema admitió recurrentemente la validez de este subtipo de fianza juzgando que la determinación del objeto debía inferirse de la relación existente entre el acreedor y el deudor¹⁶. Ahora, el artículo 1938 reformado dispone que “La fianza puede ser prestada por obligaciones condicionales o futuras, con la previsión en este último caso, del importe máximo garantido”. No se afecta a priori la validez de la fianza ómnibus, pero se prohíbe el otorgamiento de una garantía ilimitada, carente de una razonable limitación del riesgo asumido por el fiador¹⁷.

5.1. *Consideraciones en torno a la validez y a los límites de las fianzas de obligaciones futuras: análisis crítico de nuestro régimen legal*

Los artículos 1988 y 1989 del Código Civil admiten el afianzamiento de créditos futuros e inciertos, aun por importes no precisados, con la sola exigencia de poseer un objeto determinado. La escasa claridad y amplitud de las disposiciones citadas genera dudas en torno a cuándo se considera cumplido este requisito.

Algunos exigen la individualización –al menos relativa– del negocio

¹⁵ Ídem, p. 504.

¹⁶ BOZZI, G., *Fideiussione ómnibus*, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Instituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1993, vol. XIV (falsi-garanzia).

¹⁷ FRESNEDA SAIEG y HERNÁNDEZ, *Límites a la responsabilidad del fiador en las fianzas abiertas* cit., p. 63.

al cual la garantía accede, aun cuando el mismo se trate de un tipo contractual abierto dentro del cual puedan volcarse una pluralidad de operaciones, tal como ocurre con el afianzamiento del saldo deudor de una cuenta corriente bancaria.

Otros, en una postura de mayor amplitud y con criterios importados del Derecho Comparado, aceptan incluso la mera referencia a los sujetos de la obligación principal. En tal sentido se ha dicho que “Para resolver estos casos, se ha elaborado la teoría de la progresiva integralidad del contrato, según la cual no existirá nulidad de la fianza por supuesta indeterminación de su objeto, cuando la garantía esté prestada para todas las obligaciones presentes o futuras del deudor [...] por ser el objeto de la fianza, y las deudas futuras, determinables *per relationem* con referencia a la obligación principal asumida [...] por el deudor garantizado”, operando la determinación del objeto del negocio “...en un momento sucesivo a su surgimiento, por la voluntad del acreedor unida a la del tercero deudor”¹⁸. En la misma orientación se propicia una interpretación literal y no sistemática del artículo 1988 *in fine*.

En nuestro parecer esta tesis presenta un elevado grado de tensión, toda vez que, la falta de referencia al tipo contractual o a la especie de operaciones comprendidas, desconoce los elementos tipificantes de la fianza y altera diferentes reglas informadoras, a saber: a) importa la consagración de una fianza sin accesoriedad; b) no satisface las exigencias generales que el Código establece en materia de determinación del objeto; c) rompe con el principio de especialidad propio del Derecho de las Garantías.

Por ello, la moderna doctrina civilista ha reivindicado el requisito de la determinación del objeto en cuanto mecanismo de delimitación del riesgo contractual. Sobre el particular se ha afirmado que “...la garantía debe presentar alguna forma de delimitación del riesgo asumido, ya que [...] sería sospechoso que un contratante racionalmente orientado se obligara sin límite alguno”¹⁹.

¹⁸ FARGOSI, *Fianza general de obligaciones futuras e indeterminadas* cit., p. 1188.

¹⁹ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., ps. 502 y ss.

En este contexto, entendemos que el subtipo fianza ómnibus exige –a priori– para su validez la determinación del objeto. Cabe preguntarse si ello resulta suficiente en todos los casos, y a la inversa, si puede dispensarse en otros. A continuación habremos de referirnos a ello.

5.2. *El monto máximo en las fianzas ómnibus como exigencia emergente del deber de información*

En el punto 5 hemos visto como en el Derecho Comparado se ha exigido, frente a la indeterminación del objeto, la determinación del monto máximo por el cual el fiador habrá de responder, como requisito de validez de la fianza prestada en tales condiciones.

Aunque el Derecho vigente en nuestro país admite el afianzamiento de obligaciones por monto indeterminado, pensamos que bajo ciertas circunstancias, la buena fe y el principio de protección del consumidor imponen al acreedor el *deber de informar* los riesgos contractuales asumidos por el fiador, lo que puede suponer, además de delimitar el objeto –aunque más no sea relativamente–, una fijación del monto máximo por el cual se extiende la responsabilidad²⁰. Piénsese, por ejemplo, en la fianza que se presta para garantizar el saldo de una cuenta de tarjeta de créditos.

5.3. *Garantías de objeto y monto indeterminado*

La admisión de garantías personales con objeto y monto indeterminado supone –en nuestro entendimiento– el quebrantamiento de los contornos de la fianza, por lo cual sólo puede admitirse cuando: a) sea inequívoca la voluntad de obligarse en tal sentido; b) se trate de contratos discrecionales.

5.4. *Criterios complementarios para la delimitación del riesgo asumido por el fiador*

En ausencia de una adecuada delimitación del riesgo asumido por el fiador, resultarán significativos para el intérprete el carácter *predis-*

²⁰ FRESNEDA SAIEG y HERNÁNDEZ, *Límites a la responsabilidad del fiador en las fianzas abiertas* cit., p. 63; ESBORRAZ y HERNÁNDEZ, *Los negocios de garantía y los contratos de consumo en el ámbito de la actividad bancaria* cit., p. 59.

*puesto del contrato, la actividad ordinaria del deudor, su situación patrimonial, la amplitud y ambigüedad de las cláusulas sobre las cuales se fundamenta la responsabilidad del fiador, la conducta del acreedor y la falta de información sobre los riesgos asumidos. En definitiva, se deberán apreciar las circunstancias particulares de la fianza a la luz de los principios informadores de nuestro ordenamiento*²¹. Esta postura, lejos de desconocer la tutela del crédito, evita la consolidación de prácticas manifiestamente abusivas.

La responsabilidad del fiador emergente de una fianza ómnibus puede verse limitada o incluso exonerada por la conducta culposa o dolosa del acreedor en la concesión del crédito; por ejemplo, en aquellos supuestos en los cuales, bajo el amparo de una fianza general relativa a obligaciones futuras, se otorgan créditos conociendo que la condición patrimonial del deudor ha devenido notablemente más difícil para el cumplimiento del mismo. Aunque nuestro Código no ha valorado de modo especial la conducta del acreedor en las fianzas generales o abiertas, a diferencia de lo previsto en otros casos (v. gr. arts. 2015, 2018, 2043, Cód. Civ., etc.), es evidente que tal apreciación debe ser realizada recurriendo a los principios informadores de nuestro ordenamiento.

5.5. Posturas judiciales en torno a la exigencia de determinación de su objeto. Declaración de ilicitud de fianzas ómnibus

En una hermenéutica extensiva de las normas del Código se ha dicho que “El artículo 1988 del Código Civil autoriza a que la fianza sea otorgada con respecto de todas las obligaciones que el afianzado contraiga con determinada persona. Ello no es violatorio de la regla del artículo 1989 del mismo Código, pues tal universalidad satisface la determinación del objeto requerido por dicha norma, el cual precisamente está constituido por todas las obligaciones que asume el afianzado con respecto al acreedor”²².

²¹ FRESNEDA SAIEG y HERNÁNDEZ, *Límites a la responsabilidad del fiador en las fianzas abiertas* cit., p. 59.

²² CNCom., sala A, 15-5-97, “Banco Felgin SA c/Aranovich, Manuel”, L. L. 1998-C-621. En el mismo sentido pueden verse las causas de la CNCom., sala B,

Por el contrario, en una posición más afín con el pensamiento mayoritario de la doctrina civilista se afirmó que “Las normas establecidas en los artículos 1988 y 1989 del Código Civil obligan a que en la fianza permanente se determinen las obligaciones que se afianzan, a menos con especificación de las operaciones comprendidas, por lo que es observable la fianza que pretende amparar operaciones futuras no individualizadas”²³, y que “...la fianza de una obligación futura debe tener siempre un objeto determinado, aunque el crédito futuro sea incierto y su cifra indeterminada, enunciándose con precisión y claridad cuál es la obligación que se garantiza”²⁴.

Con el mismo entendimiento se ha destacado que “...algunas variantes de las llamadas cláusulas ómnibus de garantía pueden dar ocasión al funcionamiento verdaderamente abusivo de la banca que otorga crédito; 1) unas veces, mediante la indeterminación de importes por los que deba responder el garante; 2) otras, con tal indeterminación de los negocios en cuyo marco se da la garantía, que se permitiría aparentar como ‘bancarias’ obligaciones derivadas, verbigracia, de delitos o cuasidelitos que pudieran hacer daño a la banca; 3) finalmente, con indeterminación que recae sobre el sujeto por el que se da garantía, o sin límite temporal de ninguna especie”²⁵.

En un caso en donde se juzgaba la responsabilidad de un fiador de una cuenta de tarjeta de crédito con límite de compra determinado, alterado sustancialmente durante la prolongada vigencia del contrato, se consideró que “...pretender ejecutar una fianza por tiempo indeterminado luego de transcurrido ocho años, años especialmente críticos económicamente, con los cambios operados durante ese tiempo en la

24-10-88, “Epstein, Gregorio c/Canavera, Reinaldo”, E. D. 133-550; sala E, 21-8-98, “Banco Los Tilos SA c/Líderes en Tecnología SA y otros”, Lexis N° 30003208; y sala A, 17-5-2000, “Banco Francés c/Ravert, Enrique D.”, L. L. 2001-B-852; ídem, 17-7-2003, J. A. 2003-IV-498.

²³ C1°CCom. de Mar del Plata, sala II, 4-4-95, “Banco Integrado Dep. Coop. Ltda. c/Juan Ángel Pasqualini e hijos SA y otros s/Ejecución”, Lexis N° 14/23325.

²⁴ CCCom. de San Martín, sala I, 23-6-2003, “Banco Comafi SA c/Ismar SA s/Ejecutivo”, Lexis N° 14/89748.

²⁵ CNCom., sala B, 6-6-97, “LLoyds Bank Ltd. c/Czernikowski, Pedro y otro”, Lexis N° 30001598. Ver también autos CNC, sala B, 10-10-96, “Deutsche Bank Argentina SA c/Naymark, Víctor y otros”, J. A. 1997-II-150.

obligación afianzada sin requerir en ningún momento la conformidad del fiador o al menos anoticiarlo de la situación, aumentando el riesgo asumido inicialmente por el fiador, no puede ser reconocido jurisdiccionalmente por no aparecer razonable en justicia”²⁶.

5.6. *Retracción de la fianza de obligaciones futuras*

El Código autoriza en el artículo 1990 a *retractar* la fianza mientras no haya nacido la obligación principal. Aunque el supuesto descrito importa la recepción de una causal de *revocación*, excepcional en el régimen de los contratos, su explicación debe encontrarse en la circunstancia de que la fianza general ómnibus morigera una de las notas típicas de esta garantía, su *accesoriedad*.

Es evidente que ambas excepcionalidades se encuentran vinculadas²⁷, dado que si bien en esta especie de fianza el fiador queda constreñido desde el momento mismo de la celebración del contrato, no hay prestación exigible hasta el nacimiento de la obligación principal²⁸.

A salvo quedan los derechos del cocontratante y de los terceros, los cuales pueden ser protegidos mediante la aplicación analógica de las normas del mandato.

5.7. *Otros efectos diferenciales*

Reconociendo en el fiador ómnibus un subtipo especial, en el Derecho Comparado se ha sostenido que la extinción de la fianza por novación o prórroga de alguna concreta obligación garantizada no podrá extenderse al vínculo de cobertura²⁹. En el mismo sentido, nuestra jurisprudencia sostuvo que el artículo 2046 del Código Civil resulta inaplicable cuando la fianza otorgada es de carácter amplio, refiriéndose específicamente a todas las obligaciones contraídas o que se contraigan en el futuro³⁰.

²⁶ CCCom. de Rosario, sala IV, 8-7-2004, “Lloyds Bank c/Burset, Alberto s/Cobro de pesos”, inédito.

²⁷ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos* cit., p. 81.

²⁸ CARRASCO PERERA, A., *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, La Ley, Madrid, 1992, p. 79.

²⁹ Ídem.

³⁰ CNCom., sala E, 6-9-2001, “Nicolini, Ricardo D.”, J. A. 2002-II-511.

6. Especialidad del régimen de la fianza en la locación

La ley 25.628, sobre “Prohibición de extensión de la fianza en los contratos de locación”, ha incorporado un nuevo artículo al Código Civil, bajo el número 1582 bis, que dispone: “La obligación del fiador cesa automáticamente por el vencimiento del término de la locación salvo la que derive de la no restitución a su debido tiempo del inmueble locado. Se exige el consentimiento expreso del fiador para obligarse en la renovación o prórroga expresa o tácita del contrato de locación, una vez concluido éste. Será nula toda disposición anticipada que extienda la fianza, sea simple, solidaria como codeudor o principal pagador, del contrato de locación original”.

El primer párrafo consagra la cesación automática de la responsabilidad del fiador al vencimiento del plazo de la locación. De ahí que la formalización de un nuevo contrato, la prórroga del contrato originario o la continuación de la locación en los términos del artículo 1622 del Código Civil producirán la liberación del fiador. Habrá nuevo contrato de locación, cuando las mismas partes con posterioridad al contrato originario decidan celebrar un negocio diferente en sus elementos esenciales; prórroga, cuando la renuevan, repitiéndola en cuanto a dichos elementos, y continuación de la locación en aquellos supuestos en los cuales –más allá de lo dispuesto en el artículo 1622– las partes acuerdan tácitamente un nuevo contrato, aunque sin precisar su contenido, el cual queda determinado por el legislador a partir de la regla hermenéutica que interpreta la voluntad de las partes³¹. Un supuesto conflictivo lo presenta la opción de prórroga, esto es, la cláusula contractual que confiere al locatario la facultad de extender la vigencia del contrato por el plazo previsto. Algunos autores sostienen que esta situación no estaría comprendida en los casos de liberación contemplados en el artículo 1582 bis³². No compartimos el criterio, ya que

³¹ FRESNEDA SAIEG, M. y HERNÁNDEZ, C., *Límites a la responsabilidad del fiador: algunas consideraciones sobre la reciente ley 25.628*, en RCyS 2002-247.

³² KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *Fianza y plazo de la locación. La ley 25.628. Una reforma esperada por algunos y resistida por otros*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2004-2, *Locación de cosas inmuebles y equivalentes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 41.

el legislador ha sido categórico en cuanto a que toda prórroga expresa o tácita, no consentida por el fiador, extingue su responsabilidad³³.

El legislador deja abierta la posibilidad de extender temporalmente la responsabilidad del fiador más allá del vencimiento del plazo contractual, si éste presta su consentimiento "...para obligarse en la renovación o prórroga expresa o tácita del contrato de locación, una vez concluido éste". Esta vía deja un margen a la autonomía de la voluntad aunque con limitaciones, pues se exige que ese consentimiento sea: a) expreso; b) formal *ad probationem* –de conformidad con lo previsto en el artículo 2006 del Código Civil–, y c) concomitante o posterior a la conclusión del vínculo contractual, por imperio de la nulidad con que se sancionan los pactos anticipados sobre la materia³⁴.

Surge del texto legal que la responsabilidad del fiador subsiste respecto de las obligaciones que se derivan de la falta de restitución en tiempo propio del inmueble locado. Sobre el particular compartimos la opinión de Kemelmajer de Carlucci en cuanto sostiene que si el locador pretende responsabilizar al garante por los daños y perjuicios derivados de la falta de restitución, deberá expresar su voluntad contraria a la que surge del artículo 1622 del Código Civil emplazando al inquilino y al garante inmediatamente de vencido el plazo contractual, y ante el fracaso de esa gestión extrajudicial deberá iniciar el correspondiente proceso judicial.

Sin dudas que también subsiste la responsabilidad respecto de las obligaciones incumplidas por el locatario anteriores a la extinción del plazo contractual³⁵.

6.1. *Carácter de la norma y cláusulas de extensión de la fianza*

Pese a que los proyectos que sirvieron de base al nuevo artículo

³³ FRESNEDA SAIEG y HERNÁNDEZ, *Límites a la responsabilidad del fiador: algunas consideraciones sobre la reciente ley 25.628* cit., p. 248; ARIZA, A., *Modificación al régimen legal de la fianza en el contrato de locación, incorporación del art. 1582 bis al Código Civil (ley 25.628)*, en J. A. 2002-IV-821.

³⁴ FRESNEDA SAIEG y HERNÁNDEZ, *Límites a la responsabilidad del fiador: algunas consideraciones sobre la reciente ley 25.628* cit., p. 249.

³⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Fianza y plazo de la locación. La ley 25.628. Una reforma esperada por algunos y resistida por otros* cit., p. 39.

declaraban expresamente a la ley como de orden público, esa calificación no pasó al texto vigente, no obstante lo cual –en nuestra opinión– no existen dudas de que ella exterioriza un “orden público económico de protección”, encaminado a tutelar a los fiadores, cualquiera sea la manera bajo la cual hubieran asumido la obligación. Así lo ponen de manifiesto sus fundamentos cuando señalan, con meridiana claridad, que “El presente proyecto tiene la finalidad de resguardar el patrimonio de aquellos ciudadanos que de buena fe colocan en peligro su pecunio cuando otorgan fianza en los contratos de locación...”, cuya redacción “...generalmente la hace el locador o inmobiliaria y el locatario acata lo que en él se ha establecido...”³⁶.

En ese contexto, encuentra explicación la sanción de nulidad dispuesta para aquellas cláusulas que anticipadamente pretendan extender la vida de la fianza más allá de la vigencia temporal originaria del contrato de locación, ampliándose de tal modo el elenco de cláusulas abusivas tipificadas; creemos que, en general, la solución se justifica por el diferente poder negocial de los contratantes.

7. La fianza frente a la situación concursal del deudor

En materia concursal rige la solución especial establecida en el artículo 55 de la ley 24.522 –según reforma de la ley 25.589– que establece que “En todos los casos, el acuerdo homologado importa la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso. Esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios”. Recordemos que esta solución, que coincide con la originariamente consagrada mediante la ley concursal 24.522, había sido alterada por la reforma de la ley 25.563 que admitió que “...el acuerdo homologado importa la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso. Esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios, los que quedarán obligados solamente en la extensión de la nueva obligación nacida del acuerdo homologado”. Las críticas unánimes de la doctrina forzaron la reforma.

³⁶ FRESNEDA SAIEG y HERNÁNDEZ, *Límites a la responsabilidad del fiador: algunas consideraciones sobre la reciente ley 25.628* cit., p. 243.

En un valioso aporte sobre la materia, Heredia entiende que la normativa concursal sólo en apariencia contradice al Derecho común, desde que el artículo 2047 del Código Civil presupone una decisión voluntaria, exteriorizada con *animus novandi*, en cambio, “...la novación concursal es de base legal, prescinde de la existencia de un *animus novandi*; el efecto novatorio proviene de la ley y se aplica aun cuando el acreedor hubiera prestado su conformidad a la propuesta que lo concernía”³⁷. Sin embargo, no puede negarse que la solución excepcionala el principio de accesoriedad propio de la fianza, lo que ocurre en contadas oportunidades. En este caso, la fianza nace accesoria, pero la insolvencia sobrevenida del deudor morigera tal carácter.

8. Conclusión

El rápido racconto de variantes consideradas en este aporte ratifica nuestra perspectiva inicial en cuanto a las nuevas complejidades que presenta la fianza, que exigen una mirada profunda atendiendo a todas las circunstancias bajo las cuales hoy se manifiesta.

³⁷ HEREDIA, Pablo D., *La novación concursal y el tratamiento de los fiadores, codeudores y garantes*, en J. A. 2002-II-1263.

JURISDICCIÓN INTERNACIONAL DIRECTA ARGENTINA EN MATERIA DE CONTRATOS

por ALEJANDRO ALDO MENICOCCI*

Toda la justicia vuestra es sólo un cuerpo
no más; si éste tiene muchas manos, decid,
¿qué más se me da matar con aquesta un
hombre que esta otra había de matar?

PEDRO CALDERÓN DE LA BARCA,
El Alcalde de Zalamea, Acto III

SUMARIO: I. Introducción. 1. Libertad contractual y autonomía de la voluntad. 2. Efectos de la atribución de jurisdicción en el DIPr. 3. Jurisdicción directa e indirecta. 4. Jurisdicción concurrente y exclusiva. II. Dimensión normológica. 5. Ausencia de una fuente universal. 6. Carácter regional de las fuentes. Su ámbito. 7. Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II, Montevideo, 1979). 8. Sucesión entre tratados internacionales. 9. Tratados y leyes. 10. Leyes nacionales y leyes provinciales. 11. Domicilio del demandado. 11.1. Fuentes que lo establecen. 11.2. Calificación. 12. Jurisdicción derivada del Derecho aplicable (regla del paralelismo o *proper Law in proper forum*). 12.1. Los Tratados de Montevideo. 12.2. Sus problemas. 13. Prórroga de jurisdicción. 13.1. Fuentes que la admiten. 13.2. Calificación. 13.2.1. Según la *lex fori* del tribunal excluido. 13.2.2. Según la *lex fori* del tribunal prorrogado. 13.2.3. Según la *lex causæ* del contrato cuando no ha mediado elección del Derecho aplicable. 13.2.4. Según la *lex causæ* del contrato cuando ha mediado elección del Derecho aplicable. 14. Lugar de cumplimiento del contrato. 14.1. Fuentes que lo establecen. 14.2. Calificación. 15. Lugar de concreción de los negocios (*doing business*). 16. Lugar del domicilio o sede social del actor. III. Dimensión sociológica. 17. Domicilio del demandado. 18. Ju-

* Profesor de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. aamenicocci@abogados-rosario.org.ar.

risdicción derivada del Derecho aplicable. 19. Prórroga de jurisdicción. 20. Lugar de cumplimiento del contrato. 21. Jurisdicción concurrente. 22. Jurisdicción exclusiva. IV. Dimensión axiológica. 23. Razonabilidad de la jurisdicción. 24. Respeto al elemento extranjero. 25. Jurisdicción exorbitante. 26. Paralelismo. 27. Libertad en la elección del foro. 28. La necesaria revisión de la calificación actual del lugar de cumplimiento del contrato. 29. El foro del actor. 30. El *doing business*.

I. Introducción

1. *Libertad contractual y autonomía de la voluntad*

En las líneas que siguen abordaremos el panorama que, con carácter general para contratos de Derecho Privado, se presenta en materia de jurisdicción internacional conforme a las fuentes formales y materiales del Derecho Internacional Privado argentino. La libertad contractual, entendida como la posibilidad de configurar internamente el contrato, se subleva ante el intento de las categorizaciones abstractas atributivas de jurisdicción contenidas en fuentes de Derecho Procesal uniforme. Por otro lado, y aunque la recepción de la facultad de elegir el foro es doctrinariamente admitida como la consecuencia procesal de la posibilidad de elegir el Derecho aplicable, no siempre las fuentes coinciden en su admisibilidad en ambos campos, o las partes del contrato no ejercen ambas potestades¹.

¹ En materia de elección del Derecho aplicable, la producción doctrinaria argentina es verdaderamente abundante: Ver ALCORTA, Amancio, *Apuntes de Derecho Internacional Privado, extracto de las conferencias*, Emilio de Marisco Editor, Buenos Aires, 1883, p. 131; del mismo: *Curso de Derecho Internacional Privado*, Félix Lajouane Editor, Buenos Aires, 1892, t. III, ps. 69 y ss.; ARGUAS, Margarita, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, El Ateneo Librería Científica y Literaria de Pedro García, Buenos Aires, 1928, ps. 274 y ss.; BIOCCA, Stella Maris, *Derecho Internacional Privado. Un nuevo enfoque*, Lajouane, Buenos Aires, 2004, t. II, ps. 13 y ss.; BOGGIANO, Antonio, *Contratos Internacionales. International Contracts*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 39 y *passim*; del mismo: *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1983, t. II, ps. 705 y ss. y t. III, 1988, ps. 170 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Autonomía de las partes en el mundo jurídico en general y en la elección del Derecho aplicable*, en *Juris*, 47-29, sec. Doct.; FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, *Contratos internacionales. Contratos celebrados por ordenador. Autonomía de la voluntad. "Lex mercatoria"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 93 y ss.; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego F. (dir.), *Derecho Internacional*

2. *Efectos de la atribución de jurisdicción en el DIPr.*

Los efectos de la atribución de jurisdicción en el ámbito internacional son mucho más trascendentes que su desplazamiento dentro del mismo territorio de un Estado. Mientras que en los contratos domésticos sólo aparece un cambio del tribunal que entenderá en el conflicto, en los contratos internacionales determinará el Derecho que, en definitiva, resulte aplicable. En otras palabras: el órgano jurisdiccional aplicará siempre y en primer lugar su propio Derecho Internacional Privado; luego, las reglas de este último indicarán como aplicable el Derecho de un determinado Estado o un Derecho paraestatal (v. gr., *lex mercatoria*). Dado que las reglas de DIPr. no son universales, los sistemas jurídicos utilizan distintas conexiones a los fines de declarar el derecho aplicable a un contrato. Por esta última circunstancia, el conflicto frente a un mismo contrato puede tener soluciones diversas según la jurisdicción en la que hubiere radicado el proceso. No podemos afirmar entonces, como Calderón de la Barca en la obra citada en el epígrafe, que la jurisdicción sea indiferente en relación con la solución de la controversia; por el contrario, de ella depende la ley aplicable habida cuenta de la interdependencia que existe entre jurisdicción internacional y Derecho Internacional Privado.

3. *Jurisdicción directa e indirecta*

Se distingue entre jurisdicción internacional directa e indirecta. La jurisdicción internacional directa es la atribución de un tribunal para entender en un caso internacional. Ella supone un reparto equitativo

Privado de los Estados del Mercosur. Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Zavalía, Buenos Aires, 2003, ps. 949 y ss.; GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*, 8ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1992, ps. 191 y ss.; del mismo: *La autonomía de la voluntad intra y suprapositiva*, en L. L. 148-1268; MENICOCCI, Alejandro Aldo, *Autonomía material tácita en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en *Derecho y Empresa*, N° 5, 1996, p. 87; MENICOCCI, Alejandro Aldo, *La autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado argentino*, en *Revista del Colegio de Abogados de Rosario*, diciembre de 2001, p. 65; ROMERO DEL PRADO, Víctor N., *Derecho Internacional Privado*, Assandri, Córdoba, 1961, t. II, ps. 603 y ss.; WEINBERG DE ROCA, Inés M., *Derecho Internacional Privado*, Depalma, Buenos Aires, 1997, ps. 173 y ss.

de las jurisdicciones entre los distintos Estados de la comunidad internacional. La jurisdicción internacional indirecta es la atribución para reconocer y/o ejecutar sentencias dictadas en el extranjero, y a diferencia del reparto aludido en la primera, sus reglas son enderezadas a tutelar la propia jurisdicción contra la jurisdicción directa extranjera².

4. *Jurisdicción concurrente y exclusiva*

Las jurisdicciones son, normalmente, concurrentes y no exclusivas. La jurisdicción concurrente implica que varios Estados pueden tener jurisdicción sobre el mismo caso. Esta circunstancia no se debe exclusivamente a que las reglas sobre jurisdicción sean generalmente dispuestas por el derecho interno de cada Estado y por ende, existan criterios superpuestos de atribución entre las fuentes nacionales. Al mismo tiempo, son las mismas fuentes (convencionales e internas) las que admiten la concurrencia de jurisdicción como regla general.

A título de ejemplo: en el ámbito de Montevideo tienen jurisdicción los jueces cuyo derecho sea aplicable y los jueces del domicilio del demandado (art. 56 de ambos Tratados de Derecho Civil Internacional); lo mismo sucede en el Derecho Procesal Internacional de fuente interna, en el que la jurisdicción internacional se establece a favor del juez del domicilio del demandado o del juez del lugar de cumplimiento del contrato (arts. 1215 y 1216, Cód. Civ.).

Los Estados no cuentan con limitaciones de Derecho Internacional Público en orden a la extensión de jurisdicción con la que pueden dotar a sus propios tribunales, aunque una sentencia dictada en una jurisdicción exorbitante carecerá normalmente de efectos en un Estado en que la sentencia no se haya dictado.

Excepcionalmente se establecen jurisdicciones exclusivas, impuestas cuando el interés a tutelar por el Estado no se satisface exclusivamente con determinar el derecho aplicable sino que, al mismo tiempo, se enerva la potestad jurisdiccional de otros Estados. Al calificar una jurisdicción como exclusiva, el Estado reserva su potestad de negar el reconocimiento –y, *a fortiori*, la ejecución– de una sentencia dictada

² GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado...* cit., p. 459.

en el extranjero. Las jurisdicciones exclusivas no son susceptibles de sistematización, con excepción de que su existencia obedece a intereses esenciales de la comunidad (protección de la parte débil, de terceros) o del propio Estado.

La República ha atribuido jurisdicción internacional exclusiva en los contratos de utilización de buque, fletamento y transporte cuando su cumplimiento se lleve a cabo en la República, siendo nula toda cláusula que establezca jurisdicción a favor de tribunales extranjeros (art. 614, ley 20.094). En el mismo sentido, el artículo 41 de la ley 24.921 (transporte multimodal) atribuye jurisdicción a los jueces federales y estipula la nulidad de la cláusula compromisoria, aunque se admite la prórroga posterior al hecho generador de la litis a favor de árbitros o tribunales extranjeros. La jurisdicción del juez de registro en materia societaria es exclusiva (art. 5º, ley 19.550), en tanto la protección a terceros se delega en este último.

II. Dimensión normológica

5. Ausencia de una fuente universal

Los criterios de atribución existentes entre los distintos sistemas jurídicos constituyen aún hoy un obstáculo de difícil superación, por lo que carecemos de una fuente de jurisdicción internacional de alcance universal³. Existen sin embargo fuentes regionales: los Tratados de Derecho Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940 (en adelante TDIM 1889 y TDIM 1940) y el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual⁴ (PBAJMC) constituyen una verdadera demostración de la posibilidad de la región en tal sentido. El Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Consumo no ha entrado aún en vigencia ni ha sido ratificada por nuestro país la Convención Interamericana sobre la Com-

³ VON MEHREN, Arthur T., *La redaction d'une convention universellement acceptable sur la compétence judiciaire internationale et les effets des jugements étrangers: Le projet de la Conférence de La Haye peut-il aboutir?*, en *Rev. Crit. Dr. Internat. Privé*, 90 (1), janvier-mars 2001, ps. 85 y ss.

⁴ Buenos Aires, 5-8-94, ratificado por ley 24.669 y en vigor entre nuestro país, la República Federativa del Brasil, la República Oriental del Uruguay y la República del Paraguay desde el 30-11-96.

petencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras (La Paz, 1984). Algunas fuentes especiales, si bien concebidas a los fines sustantivos, contienen normas jurisdiccionales. En ausencia de convenciones, habremos de acudir a lo dispuesto por nuestra fuente interna, contenida, *inter alia*, en el Código Civil, Código de Comercio y leyes especiales.

6. *Carácter regional de las fuentes. Su ámbito*

Aclarado entonces que las fuentes jurisdiccionales convencionales tienen carácter regional, su propio ámbito (especialmente temporal, aunque también espacial, personal y material) deviene en principio regulado por otra fuente de índole regional, cual es la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado⁵ (CIDIP II, Montevideo, 1979). La sucesión de distintos tratados en la materia no desplaza las reglas de un tratado precedente⁶. Ello es consecuencia de la no aplicación, *a priori*, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (arts. 28 y ss.), en función, repetimos, de existir una fuente específica reguladora de la ley aplicable. En segundo lugar, un principio de neto corte axiológico impone generosidad en la atribución de la jurisdicción⁷.

7. *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II, Montevideo, 1979)*

La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado⁸ establece un tratamiento singular a la sucesión

⁵ [Http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-II-normasgenerales.htm](http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-II-normasgenerales.htm).

⁶ P. v. MENICOCCHI, Alejandro Aldo, "*Lex posterior non derogat legi priori*": el singular tratamiento del ámbito temporal adoptado por la CIDIP sobre normas generales del Derecho Internacional Privado, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la UNR*, N° 28, 2004/2005, p. 43.

⁷ GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado...* cit., p. 469.

⁸ Además de la ratificación efectuada por nuestro país (ley 22.921), son parte de ella Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

de las fuentes en el ámbito regional, que difiere del otorgado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La CIDIP dispone, en su artículo 1º, que “(L)a determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales *suscritas*⁹ o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes. En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno”. Mantienen así su vigencia las fuentes suscritas en el pasado –aludimos, especialmente, a los Tratados de Montevideo¹⁰–. Esta solución historicista, que se apoya en el “diálogo” y no en la “ruptura” entre las fuentes, debe ser mitigada cuando la atribución de jurisdicción contenida en una fuente contenga un contenido incompatible con otra posterior. Frente a esta última circunstancia, corresponde acudir al sistema ortodoxo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (arts. 28 y ss.), ponderando empíricamente la identidad de las materias tratadas, la sucesión de los tratados y la imposibilidad de conciliar las soluciones adoptadas¹¹, imponiéndose, en tal sentido, la primacía de la última fuente convencional.

8. *Sucesión entre tratados internacionales*

La consecuencia de ello es que las reglas de jurisdicción de los Tratados de Montevideo (de 1889 y 1940) y las del Protocolo de Buenos

⁹ El destacado es nuestro.

¹⁰ Así lo sostuvo Diego Fernández Arroyo, en su intervención en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 23 al 25 de diciembre de 1999), quien adujo la ausencia de cláusulas de incompatibilidad entre las CIDIP, aunque propuso su aplicación integral y la derogación de la normativa anterior que se opusiere a la posterior.

¹¹ P. v., en general, VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Público*, 5ª ed., trad. de Antonio Truyol y Serra, Aguilar, Madrid, s/d, p. 138; BARBOZA, Julio, *Derecho Internacional Público*, Zavalía, Buenos Aires, 2001, ps. 134 y ss.; ROUSSEAU, Charles, *Derecho Internacional Público*, 3ª ed., trad. de Fernando Giménez Artigues, Ariel, Barcelona, 1966, p. 51; DREYZIN DE KLOR, Adriana S. y SARACHO CORNET, Teresita, *A propósito de la ratificación argentina de convenciones internacionales*, en http://168.96.200.17/ar/libros/argentina/cijs/sec_3002a.html. Miguel Ángel Ciuro Caldani, en opinión verbal que expresara al suscripto, sostiene la interpretación que mantenemos en el presente.

Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual no se desplazan, sino que se integran en caso de que los Estados hayan ratificado varios tratados sucesivos. Las normas de jurisdicción en los Tratados de 1889 se encuentran especialmente en los Tratados de Derecho Civil Internacional (en adelante, TDCIM 1889) y Comercial Internacional de Montevideo de 1889 (en adelante, TDCOMIM 1889), y nos vinculan con las Repúblicas de Perú, Bolivia y Colombia. Las normas de jurisdicción en los Tratados de 1940 se encuentran en los Tratados de Derecho Civil Internacional (en adelante, TDCIM 1940), Comercial Internacional Terrestre (en adelante, TDCOMITM 1940) y Comercial Internacional de Navegación (en adelante TDNCOMIM 1940), en vigor con las Repúblicas de Paraguay y Uruguay. El Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual (Mercosur/CMC/Doc. N° 1/1994) se aplica entre nuestro país y las Repúblicas Oriental del Uruguay, Paraguay y Brasil.

9. *Tratados y leyes*

Menos complicado resulta el conflicto que se suscite entre una norma jurisdiccional interna y una internacional, a partir de la reforma constitucional de 1994 (arts. 31 y 75, inc. 22, Const. Nac.). Las disposiciones contenidas en los tratados sobre jurisdicción contractual son infraconstitucionales aunque jerárquicamente superiores a las leyes, sean éstas nacionales o locales.

10. *Leyes nacionales y leyes provinciales*

En tercer lugar, contamos con el conflicto suscitado entre una norma procesal local y una norma nacional. Las normas de jurisdicción internacional, con independencia de estar contenidas en leyes de carácter común o federal, son normas federales, pues delimitan la soberanía jurisdiccional de los jueces argentinos¹². La cuestión no es baladí ya que la simple circunstancia de que actores o demandados sean extranjeros no apareja el sometimiento de la causa a la justicia federal (art.

¹² GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado...* cit., p. 463; BOGGIANO, *Derecho...* cit., t. I, p. 200; UZAL, María Elsa, *Algunas reflexiones sobre temas de Derecho Procesal Internacional*, en L. L. 1988-E-1073 y ss.

116, Const. Nac.), habida cuenta del carácter prorrogable de esta última, siempre a favor del aforado extranjero. De resultas de ello, la regla general es que un proceso con elementos extranjeros radique ante la justicia local que, a la sazón y apresuradamente, aplicará, en principio, la legislación procesal local. No corresponde, sin embargo, analizar la jurisdicción internacional a la luz de las reglas procesales locales si éstas son incompatibles con tratados internacionales o leyes de la Nación. Las normas locales sólo son aplicables en la *ordinatoria litis* y las carencias deben colmarse recurriendo a los tratados o a las leyes de la Nación, inclusive, al Código Procesal en Materia Civil y Comercial de la Nación (CPMCCN), si bien analógicamente. La facultad de dictar normas procesales de índole internacional es una atribución del Congreso de la Nación (art. 75, inc. 32, Const. Nac.). En tal sentido, tanto el Código Civil como otras leyes análogas contienen reglas jurisdiccionales. Conviene también recordar que los proyectos de Código de Derecho Internacional Privado y de Ley de DIPr. establecieron disposiciones sobre jurisdicción internacional sin hesitación sobre las facultades del Congreso nacional.

Nuestras fuentes contemplan los siguientes criterios atributivos de jurisdicción internacional: a) domicilio del demandado; b) jurisdicción derivada del Derecho aplicable (o paralelismo); c) prórroga de jurisdicción o elección del foro; d) lugar de cumplimiento del contrato, y e) otras pautas residuales.

11. *Domicilio del demandado*

La atribución de jurisdicción a los jueces del domicilio del demandado es una regla universal¹³. Permite un eficaz ejercicio del derecho de defensa y, por lo general, evita al actor la promoción del reconocimiento de la sentencia en un Estado extranjero, ya que, por lo general, donde una persona se domicilia tiene bienes.

11.1. *Fuentes que lo establecen*

La adoptan en forma expresa y con carácter general, el TDCIM

¹³ WEINBERG DE ROCA, Inés M., *Competencia internacional y ejecución de sentencias extranjeras*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 16.

1889, el TDCIM 1940 (art. 56 de ambos), el PBAJMC 1994 (art. 2º, inc. b), numerosas disposiciones convencionales especiales y de fuente interna. Por otro lado, y es una cuestión no menor, sirve tanto para localizar el foro como para establecer la competencia territorial interna¹⁴.

Constituyen reglas especiales de jurisdicción y, en cierto modo, ociosas, las que confirman este foro en los casos particulares establecidas en los tratados montevideanos. En materia de *sociedades comerciales* (art. 7º, TDComIM 1889; art. 11, TDComITM 1940, respectivamente) son los jueces del país en el que la sociedad tiene su domicilio legal los llamados a conocer los conflictos entre los socios o entre terceros y la sociedad. Igual disposición se establece con respecto a las *compañías aseguradoras* (art. 10, TDComIM 1889; art. 13, TDComITM 1940; art. 30, TDNComIM 1940), a las *compañías navieras* (arts. 13, TDComIM 1889; 8º y 13, inc. 2º, TDNComIM 1940), a las de *transporte* (arts. 14 y 15, TDComIM 1889; arg. arts. 16 y 17, TDComITM 1940; art. 27, TDNComIM 1940), a las partes del *préstamo a la gruesa* (art. 18, TDComIM 1889; art. 33, TDNComIM 1940), a los que *intervinieron en la negociación de una letra de cambio y demás papeles de comercio* (art. 34, TDComIM 1889; art. 35, TDNComIM 1940).

El Código Civil argentino (art. 1216) establece la jurisdicción del domicilio del demandado *cuando lo tuviera en la República*. Sin embargo, la jurisdicción domiciliaria cuando el demandado tiene su domicilio en el extranjero se encuentra implícitamente comprendida (art. 1215) al decir que el actor “puede” ir al domicilio argentino pese al domicilio extranjero¹⁵. Desde luego que Vélez Sársfield adoptó una norma unilateral estableciendo expresamente la jurisdicción de los jueces argentinos cuando el demandado tuviera su domicilio en la República, ya que no le cabía a nuestro legislador dictar una regla de competencia para el juez extranjero cuando el domicilio del demandado se hallare en el extranjero. En tal sentido, el juez extranjero determinará su competencia según sus propias reglas de atribución. Sin embargo,

¹⁴ MOSCONI, Franco, *Diritto Internazionale Privato e Processuale. Parte Generale e Contratti*, UTET, Milano, 1996, t. I, ps. 36 y ss.; GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado...* cit., p. 461.

¹⁵ GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado...* cit., p. 413.

si el juez extranjero ha fundado su jurisdicción por encontrarse allí el domicilio del demandado, no podrá el juez argentino negar eficacia a la sentencia extranjera al compartir, tanto el sistema jurídico propio como el extranjero, la regla de atribución común. La regla domiciliaria se reitera en las fuentes especiales, verbigracia, artículo 620, ley 20.094; artículos 5º, 251 y concordantes, ley 19.550; se aplica asimismo y por analogía, en materia de seguros¹⁶.

En la Convención concerniente a la competencia jurisdiccional y la ejecución de las decisiones en materia civil y comercial (Bruselas, 1968, hoy Reglamento CI N° 44/2001, también llamado “Bruselas I”) y su par de Lugano (1988) se postula (art. 2º de ambas) que, con excepción de disposiciones específicas, las personas que tienen el domicilio en el territorio de un Estado sólo pueden ser demandadas en este último. La primacía del domicilio del demandado como factor atributivo de jurisdicción internacional prima sobre cualquier otra pauta¹⁷, y las excepciones a este principio deben ser interpretadas en forma restrictiva¹⁸.

11.2. Calificación

La calificación del domicilio del demandado corresponde a la *lex fori*, ya que de otro modo no habría posibilidad de asumir jurisdicción. Sólo en caso de que, conforme a la *lex fori*, se llegue a la conclusión de que no hay domicilio en el Estado llamado a asumir jurisdicción, sino en otro Estado, podrá el órgano jurisdiccional recurrir a la ley del Estado en donde el demandado afirma tener su domicilio para establecer si, conforme a dicha ley, el demandado cuenta efectivamente con domicilio en aquel Estado¹⁹. Por otro lado, no hay que olvidar

¹⁶ OYARZÁBAL, Mario J. A., *El contrato de seguro multinacional*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 138.

¹⁷ CARBONE, Sergio, *Lo spazio giudiziario europeo. Le Convenzioni di Bruxelles e di Lugano*, 2ª ed., Giappichelli Editore, Torino, 1997, p. 60.

¹⁸ Corte de Justicia, 19-1-93, causa C-89/91, “Shearson Lehman Hutton”, cit. por CARBONE, ob. y lug. cit.

¹⁹ V. Convención de Bruselas, art. 52. V. MOSCONI, *Diritto...* cit., t. I, p. 35; CARBONE, ob. y lug. cit. Sobre este ejercicio dialéctico a los fines de calificar, v. MENICOCCHI, Alejandro Aldo, *Reflexiones sobre el problema de las calificaciones en el Derecho Internacional Privado*, en AA. VV., dir. por Atilio A. Alterini y Noemí

que la atribución de jurisdicción conforme a la ley domiciliaria se establece en función de la preferencia axiológica de garantizar al demandado un verdadero derecho de defensa. Tal principio general orientador implica que la calificación de domicilio sea, en cierto modo, flexible, impidiendo tanto la asunción de jurisdicción como la negación de ésta cuando la atribución no asegure el propósito perseguido.

En los Tratados de Montevideo se brindan definiciones del domicilio, si bien concebidas a los fines de la ley aplicable. Como regla general común a ambos Tratados, la ley del lugar de la residencia habitual es llamada a calificar el domicilio de las personas físicas (art. 5º, TDCIM 1889; art. 5º, TDCIM 1940). Existe luego una serie de disposiciones especiales.

En los Tratados de 1889 se califica autárquicamente el domicilio de los padres, tutores y curadores (art. 6º, TDCIM), incapaces (art. 7º, TDCIM) y el conyugal (art. 8º, TDCIM). No se aclara cuál es el domicilio de las personas jurídicas de carácter civil, aunque es menester recordar que, en tanto la ley aplicable a su existencia y capacidad es la del Estado en el cual han sido reconocidas como tales (art. 4º, TDCIM), deberá adoptarse a los fines jurisdiccionales el domicilio constituido legalmente. Tampoco se define el domicilio de las sociedades comerciales, aunque –a diferencia de lo que ocurre con las personas de carácter civil, estas últimas se rigen por la ley domiciliaria– (v. art. 5º, TDCComITM), por lo que habrá que considerar como domicilio el lugar en que funcionan (arg. art. 6º, TDCComITM).

En los Tratados de 1940 hay un mayor despliegue de calificaciones autárquicas (arts. 5º a 11, TDCIM) y se suple la carencia con respecto a las personas jurídicas civiles (art. 10, TDCIM). Se cambia el criterio de la incorporación (vigente en su antecesor de 1889) por el del asiento principal de sus negocios (*teoría organicista*). Ello apareja al mismo tiempo un cambio en la calificación del domicilio a los fines jurisdiccionales. Igual calificación organicista se aplica a las sociedades comerciales. Éstas se rigen, en cuanto a su existencia y capacidad, por

L. Nicolau, *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 617.

la ley domiciliaria, que es la del lugar en donde se encuentra el asiento principal de los negocios (art. 3º, TDCOMITM).

Pensamos que el retorno al domicilio estatutario se impone en la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Sociedades Comerciales²⁰ (Montevideo, 1979, arg. art. 2º), en función de la incongruencia que resulta de establecer el lugar de incorporación como aplicable al estatuto personal de la sociedad y, por otro lado, el asiento principal de los negocios o sede de la administración en materia jurisdiccional²¹. Sin embargo, el Protocolo de Buenos Aires vuelve a un criterio jurisdiccional organicista. Cuatro Estados ratificantes del Protocolo de Buenos Aires son a su vez ratificantes de la CIDIP II sobre Conflicto de Leyes en materia de Sociedades Comerciales.

El PBAJMC (art. 9º) califica al domicilio de las personas físicas en función de su residencia habitual, la sede principal de sus negocios o el lugar donde se encontrare la simple residencia. Reitera esta concepción en materia de personas jurídicas, al calificar como domicilio la sede principal de la administración, y el lugar donde funcionan sus sucursales, establecimientos, agencias o cualquier otra especie de representación, aunque, en este último caso, se limita a las operaciones que allí practiquen. El actor puede, sin embargo, entablar la demanda en el lugar donde se encuentra la sede principal de la administración.

El Código Civil define tanto el domicilio de las personas de existencia visible (arts. 89 a 101) como el de las personas jurídicas (art. 44). Las personas de existencia visible se domicilian en el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios (art. 89, primera parte). Las personas jurídicas tienen su domicilio en el lugar en que se hallaren (sic) o donde funcionen sus direcciones o administraciones principales (arts. 44 y 90, inc. 3º, Cód. Civ.). El domicilio de las sociedades comerciales es el inscripto en el Registro donde han sido reconocidas como tales (arg. arts. 5º y 118, ley 19.550).

²⁰ Ratificada por ley 22.921 y en vigencia con Brasil, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

²¹ V. MENICOCCHI, Alejandro Aldo, *Argentina's Private International Law Rules concerning Companies Formed Abroad*, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, N° 4, ottobre-dicembre 2005, Cedam, Padova, p. 1035.

12. *Jurisdicción derivada del Derecho aplicable*
(*regla del paralelismo o "proper Law in proper forum"*)

Este principio de cuño territorialista, cuyo defensor fue Albert A. Ehrenzweig²², se sustenta en la idea de favorecer un juicio cómodo, permitiendo al juez declarar su jurisdicción si resulta aplicable su propio Derecho²³. No se desprende de él, por cierto, la regla inversa, esto es, que de no tener que aplicarse la *lex fori* se deducirá la incompetencia.

12.1. *Los Tratados de Montevideo*

Los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo (art. 56 de ambos) determinan la jurisdicción a partir de la ley aplicable: "(L)as acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio..." Su identidad con el Derecho aplicable nos remite a lo expuesto en cada una de las materias abordadas en los Tratados y nos releva aquí de una ociosa descripción. La regla no se reproduce en ninguna de las otras fuentes, por lo que sólo será de aplicación en el ámbito de los referidos Tratados.

Como premisa general, la jurisdicción se atribuirá a los jueces del lugar del cumplimiento del contrato (arts. 32 y 33, TDCIM 1889; arts. 36 y 37, TDCIM 1940), de conformidad a las calificaciones que de esta conexión dan los propios Tratados (art. 34, TDCIM 1889; art. 38, TDCIM 1940) y, en defecto, a los del lugar de celebración, en tanto esta regla residual se aplica cuando no puede averiguarse el lugar de cumplimiento (art. 35, TDCIM 1889; art. 40, TDCIM 1940). En algunas hipótesis tendrán jurisdicción los jueces del domicilio de ambas o de una de las partes (arts. 34 y 35, TDCIM 1889; arts. 38 y 39, TDCIM 1940), aunque recordemos que si esa parte es el demandado, la jurisdicción se asumirá igualmente por aplicación del artículo 56 de ambos Tratados. Los jueces con competencia en el

²² EHRENZWEIG, Albert A., *Specific principles of private transnational law*, en *Recueil des Cours*, 1968, II, t. 124, ps. 167/379. Ehrenzweig refiere a una práctica generalizada de que la aplicación del propio Derecho se basa en la convicción de que éste es el mejor Derecho, en una evocación que nos recuerda a Aldrico. V. esp. ps. 189 y ss.

²³ GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado...* cit., p. 461.

contrato principal tendrán jurisdicción en el conflicto relativo al contrato accesorio (art. 36, TDCIM 1889; art. 41, TDCIM 1940), aun cuando no exista conflicto con relación al contrato principal. Jurisdicciones exorbitantes surgen en materia de contratación entre ausentes o por mandatario, habida cuenta de su atribución a los jueces del lugar del cual partió la oferta (art. 37, TDCIM 1889) o donde aquélla se aceptó (art. 42, TDCIM 1940). En la órbita comercial recordamos la primacía de las siguientes conexiones: del domicilio de la sociedad en materia societaria (arts. 4° a 7°, TDCComIM 1889; arts. 6° a 11, TDCComITM 1940), del domicilio de la agencia aseguradora (arts. 8° a 10, TDCComIM 1889; arts. 12 y 13, TDCComITM 1940, y 28 a 30, TDNComIM 1940), del domicilio de la agencia transportista (art. 14, TDCComIM 1889), del lugar de la celebración del contrato y del destino de la carga en materia de transporte terrestre y mixto (art. 14, TDCComITM 1940), del Estado en el cual el transporte se lleva a cabo si es dentro de un mismo Estado o del lugar de desembarque o descarga cuando el transporte se lleva a cabo en distintos Estados (arts. 25 y 26, TDNComIM 1940), del lugar donde se efectuó el préstamo a la gruesa o a riesgo marítimo (art. 16, TDCComIM 1889; art. 32, TDNComIM 1940), del lugar de situación de los bienes prendados en el contrato de préstamo prendario (art. 18, TDCComIM 1889; art. 20, TDCComITM 1940) o del contrato al cual accede (art. 19, TDCComITM 1940), del lugar de realización de los actos en materia cambiaria (arts. 26 y ss., TDCComIM 1889; arts. 23 y ss., TDCComITM 1940), del lugar de celebración del contrato de ajuste (art. 19, TDCComIM 1889) o de la nacionalidad del buque (art. 20, TDNComIM 1940).

12.2. *Sus problemas*

Desprender la jurisdicción del Derecho aplicable puede ser funcional en un sistema de DIPr. que utilice conexiones flexibles –como el de los Estados Unidos de América, y, en menor medida, en la Convención sobre Derecho Aplicable en Materia de Contratos (México, 1994) o en la Convención sobre Derecho Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma, 1980)–. Si un contrato es sometido a jurisdicción del Estado de Nueva York, el juez neoyorquino ponderará, a los fines de declarar sobre su competencia, el lugar de la contratación, de su negociación, de su ejecución, la “localización” de la materia de con-

flicto y el domicilio, residencia, lugar de incorporación o sede de los negocios de las partes²⁴. En cambio, en un sistema de conexiones rígidas como el nuestro, una conexión es privilegiada por la norma de conflicto y somete la totalidad del problema o categoría al Derecho indicado por dicha conexión; los demás lazos devienen intrascendentes. Por ello, la regla es poco convincente y no supera los escollos que a continuación exponemos.

Adolece en primer lugar de una fisura lógica, ya que sólo sabemos cuál es el Derecho aplicable una vez que contamos con una jurisdicción y no a la inversa. No existe posibilidad de señalar como aplicable un Derecho sin pasar por la regla de DIPr., y no hay posibilidad de recurrir a una regla de DIPr. si no se parte de una jurisdicción. Si bien ciertas reglas de DIPr. son compartidas universalmente (v. gr., *locus regit actum* o *lex situs*), sus calificaciones pueden ofrecer distinto alcance. Habida cuenta de la íntima relación que la particular pauta de atribución de jurisdicción exhibe entre Derecho Procesal y Derecho sustantivo, hay que desprender de este último –que, repetimos, sin conjeturar una jurisdicción es inextricable– las calificaciones que permitirán la atribución de jurisdicción. La existencia de un Derecho Internacional Privado común en la fuente permitirá sólo parcialmente mitigar el problema, cuando no acarrear un conflicto tanto positivo como negativo de competencia.

Supongamos que se demanda en la República Argentina la ejecución de un contrato de préstamo, siendo el mutuante una sociedad comercial constituida en la R. O. del Uruguay y el mutuario una sociedad comercial constituida en nuestro país. En el marco de aplicación de los Tratados de Montevideo, la ley aplicable a los contratos es la del lugar donde deben cumplirse (arts. 32 y 33, TDCIM de 1888/9; arts. 36 y 37, TDCIM de 1939/40). Tanto el juez argentino como el juez uruguayo deberán, a los fines de determinar su propia jurisdicción, partir de la calificación del contrato de mutuo, ya como consensual, ya como real. De existir identidad en la calificación del contrato por cualquiera de los Derechos sustantivos, como ocurre en el ejemplo, en tanto ambos Derechos consideran al mutuo como contrato real (arts. 2242, Cód. Civ. argentino y 1252, Cód. Civ. uruguayo), se

²⁴ SCOLES, Eugene F. y HAY, Peter, *Conflict of Laws*, 2nd ed., West Publishing Co., St. Paul, MN, 1992, ps. 697 y ss.

concluirá en la existencia de una sola obligación, esto es, la del mutuario de restituir lo dado en mutuo. Por ende, será el Derecho del Estado en el cual esta obligación debe cumplirse el Derecho aplicable al contrato. En cambio, si hubiera existido una distinta calificación entre los Derechos, la alternativa es un conflicto de competencia, ya positivo (ambos jueces entienden como aplicable su propio Derecho y por lo tanto se declaran competentes), ya negativo (ambos jueces declaran que no es aplicable su propio Derecho, lo que les impide asumir competencia).

La segunda objeción a la regla es que el DIPr. se construye con el método analítico, de resultas que un caso –y más aún, un contrato– puede resultar sometido a varios Derechos en forma contemporánea: al del lugar de su celebración en orden a su validez extrínseca, al del domicilio de las partes en la ponderación de la capacidad de aquéllas, al del lugar de cumplimiento para establecer su validez intrínseca. ¿Cuál de estos Derechos escogeremos a los fines de asumir jurisdicción? Si todos los Derechos aplicables se ponen en pie de igualdad, desaparece la ventaja que sustenta la teoría (identidad entre foro y Derecho aplicable), habida cuenta de que no podrá aplicarse el Derecho del foro a todos los aspectos referidos. Asimismo, se crearán múltiples jurisdicciones concurrentes, muchas de ellas exorbitantes. Si, en cambio, se procede a jerarquizar algún aspecto en desmedro del otro, se anticipa un problema y se ingresa *a priori* en la órbita de la arbitrariedad.

Tampoco da cuenta la teoría del supuesto en el cual, a través del desarrollo del proceso, el órgano jurisdiccional advierta que la ley aplicable ponderada preliminarmente a los fines de asumir la propia jurisdicción no es la que consideró *a priori*, sino que el caso deviene sometido a otro Derecho. ¿Deberá entonces resignar la competencia que había asumido o deberá aplicar un Derecho que no contempló a los fines de justificar su propia jurisdicción?

Como se observa, la regla es poco compatible con nuestro sistema de DIPr.

13. *Prórroga de jurisdicción*

Una práctica generalizada por los contratantes es la de establecer

en los contratos el foro llamado a dirimir las controversias. A diferencia de lo que ocurre en el Derecho Comparado²⁵, establecida una prórroga de jurisdicción válida, ésta desplaza cualquier otro foro que pudiera haber sido competente en caso de no existir la cláusula compromisoria.

13.1. *Fuentes que la admiten*

El TDCIM de 1889 no contempla la prórroga de jurisdicción. En el TDCIM de 1940 (art. 56, tercer y cuarto párrafos) se permite la misma “...si después de promovida la acción, el demandado la admite voluntariamente, siempre que se trate de acciones referentes a derechos personales patrimoniales. La voluntad del demandado debe expresarse en forma positiva y no ficta”. El Tratado sólo permite la prórroga después de promovida la acción y requiere de una manifestación expresa del demandado de aceptar la propuesta de prórroga. El Protocolo Adicional del Tratado de Montevideo de 1940 (art. 5º) pone límites a cualquier interpretación extensiva del precepto: “(L)a jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley”.

Sin embargo, los Estados partes del TDCIM de 1940 (Paraguay, Uruguay y Argentina) han ratificado el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual de 1994 (vigente también con Brasil), cuyo artículo 4º permite la elección del foro a favor de los tribunales de cualquier Estado del Mercosur sin restricciones. Habida cuenta de la sucesión de tratados entre los Estados partes del TDCIM de 1940, las limitaciones contempladas en el TDCIM de 1940 deben considerarse abrogadas.

El PBAJMC de 1994 exige que la prórroga se formalice por escrito antes o después de nacido el litigio (arts. 4º y 5º), y que no se haya obtenido en forma abusiva (art. 4º). No indica qué Derecho es llamado a calificar tal abuso, aunque entendemos que se aplica la regla del artículo 5º, que somete la validez de la elección a las reglas de los tribunales excluidos por el acuerdo de prórroga. Análoga disposición

²⁵ CHESHIRE & NORTH'S, *Private International Law*, 12th ed., Butterworths, London, 1992, ps. 179 y ss.

contemplamos en el artículo 1° del CPMCCN, que sólo prohíbe la prórroga en asuntos no patrimoniales y cuando no existiera jurisdicción exclusiva.

13.2. *Calificación*

Hemos de admitir que la prórroga de jurisdicción, contenida en el contrato o referida a éste aunque formalizada en otro instrumento, es en sí contrato que tiene autonomía con respecto al acuerdo al cual accede. La doctrina es conteste en que la invalidez del contrato sustantivo no conduce a la invalidez del acuerdo de foro²⁶.

Queda entonces el problema del Derecho llamado a pronunciarse sobre la validez del acuerdo de elección de foro. Con excepción de lo dispuesto en el artículo 5° del Protocolo de Buenos Aires –que nos remite, dijimos, al Derecho excluido por la prórroga²⁷–, la carencia de las demás fuentes debe ser integrada. Entre los posibles Derechos llamados a regir la validez del acuerdo de prórroga podemos indicar los siguientes: a) La *lex fori* del tribunal excluido; b) La *lex fori* del tribunal prorrogado; c) La *lex causæ* a la que se somete el contrato, en ausencia de elección de Derecho aplicable; d) La *lex causæ* elegida en el contrato.

13.2.1. *Según la “lex fori” del tribunal excluido*

A favor de la aplicación de la *lex fori* del tribunal excluido militan el carácter procesal del instituto, la naturaleza pública de esta rama jurídica, su intrínseca territorialidad y la autonomía que guarda con respecto al contrato al que accede. Es de presumir entonces que la aplicación de la ley procesal del tribunal excluido será efectuada por el tribunal excluido a instancia de la parte que tuviera interés en dejar sin efecto la prórroga de jurisdicción.

La cuestión resulta aún más compleja en atención a la intervención de

²⁶ KNOEPFLER, François; SCHWEIZER, Philippe y OTHENIN-GIRARD, Simon, *Droit International Privé suisse*, 13^{ème} éd., Stämpfli Editions, Berna, 2005, ps. 613 y ss.

²⁷ V. NOODT TAQUELA, María Blanca, *Los acuerdos de elección del foro en el Mercosur*, en J. A. N° 5982, ps. 2 y ss.

la legislación local en materia procesal. Sabemos que la inteligencia propugnada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de la CSJN y los tribunales inferiores al artículo 116 de la Constitución Nacional considera que el aforado al fuero federal es el “extranjero”, no el nacional. De ello surge que: si el actor es el nacional, él podrá ocurrir solamente al tribunal local, aunque el extranjero podrá solicitar la intervención del tribunal federal. Si, en cambio, el actor es el extranjero, podrá ocurrir ya al tribunal local (entendiéndose una prórroga de jurisdicción), ya al tribunal federal. En este último caso, no puede el nacional solicitar la intervención del tribunal local²⁸. De las hipótesis relatadas resulta que el extranjero que solicitará la intervención del tribunal prorrogado enfrentará derechos procesales locales que pueden declarar nula la prórroga de jurisdicción (v. gr., en la Provincia de Santa Fe y por aplicación del art. 1º del CPCC). Avalar un pronunciamiento como tal es inadmisibile. Se ha señalado por un gran sector de la doctrina jusprivatista internacional la inconstitucionalidad de las normas procesales locales relativas a la extranjería, por lo que cabrá recurrir a la analogía con los tratados internacionales en la materia o, en su caso, al CPMCCN. El juez local no puede dirimir la validez de la cláusula de prórroga de jurisdicción de acuerdo a lo que disponga su ley procesal local.

13.2.2. Según la “*lex fori*” del tribunal prorrogado

Someter la validez del acuerdo a la luz de la ley procesal del tribunal prorrogado se justifica por varias razones, entre ellas, la autonomía del acuerdo de prórroga y su interdependencia con la elección de la ley aplicable. Dicho en otras palabras: la invalidez del acuerdo de prórroga puede arrastrar al fracaso la elección del Derecho aplicable elegido por las partes al celebrar el contrato. Por otro lado, la doctrina abandona cada vez más el carácter público de la jurisdicción en materia contractual²⁹.

Supongamos que, ante tribunales locales de la República Argentina,

²⁸ CSJN, 7-3-89, “Misiones, Provincia de c/Adao Schultz Araujo, Francisco Ferreira Mota s/Daños y perjuicios”; 24-5-88, “Stempels, Hugo J. c/Fraguas Suárez, Isaac s/Fijación y cobro de honorarios extrajudiciales”; 23-6-94, “AMF c/A. de O., A. M.”, L. L. 1994-E-430; 14-3-2000, “CW y ot.”, L. L. 2000-C-847.

²⁹ CARBONE, ob. cit., p. 132.

el actor incoa demanda contra una persona domiciliada en Italia. El extranjero interpone ante el tribunal argentino excepción de incompetencia, basándose en una cláusula que, al dorso de una factura y sin firma de las partes, estipula la jurisdicción internacional de los tribunales de Bérgamo (Italia). El juez local no puede recurrir a la ley procesal local –que, a la sazón, declara nula la prórroga de jurisdicción (art. 1º, CPCC de Santa Fe)– sino que por *lex fori* habrá de entender, ya a lo dispuesto por el PBAJMC (art. 4º) o, finalmente, al CPMCCN (art. 1º). Probablemente declarará la validez de la cláusula. Si, en cambio, la calificación de la cláusula se efectúa de conformidad al Derecho del tribunal prorrogado, recurriremos a la aplicación de la Convención de Bruselas de 1968 concerniente a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y comercial. A pesar de que su aplicación *stricto sensu* se limite a los países miembros de la Unión, la República Italiana aplica sus normas también a los países no miembros de la Unión con los cuales carezca de tratado, de suerte tal que constituyen, en este último aspecto, el Derecho Procesal Internacional Privado Interno de la República de Italia³⁰. En el ámbito procesal, tanto el Derecho de fuente convencional como el Derecho interno peninsular coinciden. El artículo 17 de la Convención de Bruselas requiere que la cláusula atributiva de competencia sea por escrito o verbal con confirmación escrita, o en una forma que las partes hayan establecido entre ellas o que en el comercio internacional fuere conocido o debieran haber conocido y regularmente respetado. No hay presunción de prórroga³¹. Se requiere que “el consentimiento de las partes sea efectivamente probado”³², manifestándose de manera clara y precisa que sea expreso e inequívoco-

³⁰ V. NOVELLI, G., *Compendio di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 5ª ed., Simone, Napoli, 1997, ps. 159 y ss.; BALLARINO, Tito, *Diritto Internazionale Privato*, 3ª ed., Cedam, Padova, 1999, ps. 98 y ss.

³¹ V. POCAR, Fausto, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 1995; CARBONE, ob. cit., ps. 132 y ss.

³² Corte di Giustizia, 14-12-76, causa 25/76, “Segopura c/Bonakadarian”, en CARBONE, ob. cit., en la cual la Corte italiana subordina la validez de la cláusula atributiva de competencia y sostiene que debe interpretarse restrictivamente. “Il giudice deve prendere in esame, in primo luogo, se la clausola attributiva di competenza abbia effettivamente costituito oggetto del consenso delle parti, consenso che deve manifestarsi in maniera chiara e precisa”.

co. En el caso de prórrogas de jurisdicción establecidas en condiciones generales de contratación, la justicia italiana ha sostenido que³³: “el requisito de la forma escrita es respetado sólo si el otro contratante ha expresado por escrito el propio consentimiento en cuanto a las condiciones contenidas de dicha cláusula, o sobre el mismo documento de que se trata o en un documento separado. Por lo tanto [...] el simple hecho de que en el dorso del módulo de la póliza de transporte sea estampada una cláusula atributiva de competencia no satisface la exigencia del artículo 17 de la Convención, porque ninguna garantía existe en que por tal procedimiento la contraparte haya efectivamente adherido a la cláusula que deroga las normas generales de la Convención en materia de competencia, sin un reenvío expreso a aquéllas”³⁴.

Andrés Rodríguez Benot, en referencia a la jurisprudencia europea, expresa³⁵: “...la simple impresión de una cláusula atributiva de competencia en el marco de las condiciones generales de una de las partes al dorso del contrato extendido en el papel de negocios de ella no satisface las exigencias de forma del párrafo 1 del artículo 17 (motivo 9, párrafo 1), y la razón estriba en que con ello no se garantiza, en modo alguno, que la otra parte haya prestado efectivamente su consentimiento a la cláusula de elección del foro...”³⁶

Se trata de una aplicación procesal de la teoría de las calificaciones según la *lex causæ*. Es una ley fácilmente determinable; no supone la previa conjetura y el promiscuo tratamiento del Derecho aplicable cuando, en ausencia de elección, este último es la consecuencia de un determinado DIPr. que sigue a la jurisdicción internacional.

³³ Corte di Giustizia, 19-6-84, “Tilly Russ c/Nova”, en CARBONE, ob. cit., p. 141.

³⁴ La traducción libre nos pertenece: “Il requisito della forma scritta è rispettato solo se l'altro contraente abbia espresso per iscritto il proprio consenso quanto alle condizioni contenenti detta clausola, o sullo stesso documento di cui trattasi o in un documento separato; peraltro, nel caso di specie, il semplice fatto che sul retro del modulo de la polizza di carico sia stampata una clausola atributiva de competenza non soddisfa le esigenze di cui all'art. 17 della Convenzione, poiché nessuna garanzia viene fornita da tale procedimento che la controparte abbia effettivamente aderito alla clausola che deroga alle norme generali della Convenzione in fatto di competenza, senza un rinvio espreso ad essa”.

³⁵ RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho Comunitario europeo*, Beramar, Madrid, ps. 207 y ss.

³⁶ TJCE, asuntos 24/76, “Salotti” y 25/76, “Segopura”, ambos del 14-12-76.

13.2.3. *Según la “lex causæ” del contrato cuando no ha mediado elección del Derecho aplicable*

Una tercera posibilidad es someter la validez de la cláusula de elección a la *lex causæ*, cuando no se ha establecido la elección del Derecho aplicable. No se trata –como vimos en la hipótesis anterior– del Derecho *Procesal* del tribunal prorrogado, sino de extender el Derecho sustantivo aplicable al contrato hacia la propia cláusula de elección del foro. La aplicación de la *lex causæ* cuando no hay elección del Derecho aplicable –esto es, en ausencia del ejercicio expreso o tácito de la autonomía– adolece de la misma crítica que efectuamos a la teoría del paralelismo (§ 12.2) en función de que la jurisdicción es un presupuesto que condiciona al DIPr. y éste, a su vez, al Derecho aplicable. No habiendo posibilidad de desentrañar como aplicable un Derecho si éste no se ha elegido en el contrato, no habrá posibilidad de discernir la *lex causæ* sin antes declararse competente, lo que nos lleva al punto de partida, esto es, a pronunciarnos sobre la validez o nulidad del acuerdo de prórroga.

13.2.4. *Según la “lex causæ” del contrato cuando ha mediado elección del Derecho aplicable*

La aplicación de la ley elegida (autonomía conflictual y material del DIPr.) goza de una certidumbre mayor en orden a la presunción de la elección. Ella permite alejar la dificultad concerniente a la determinación del Derecho aplicable y, al mismo tiempo, conjugar la *lex causæ* con la jurisdicción internacional.

En el ejemplo citado más arriba (§ 13.2.2), supongamos ahora que en la factura de venta se ha estipulado un Incoterm del tipo FOB o CIF, con indicación de alguna localidad italiana. Tal indicación determina el lugar de cumplimiento del contrato y, a la luz de nuestro DIPr., la ley aplicable al mismo (arts. 1209 y 1210, Cód. Civ.). Sometido así el contrato a la ley italiana, ésta resulta también llamada a pronunciarse sobre la validez de la cláusula de atribución de jurisdicción. El juez prorrogado aplicará entonces los artículos 1341 y 1342 del Código Civil italiano, que imponen la firma escrita como condición de su validez y presumiblemente declarará la nulidad del acuerdo de elección de foro.

14. *Lugar de cumplimiento del contrato*

Es razonable que si un contrato producirá efectos en un determinado territorio, los jueces del lugar sean dotados de jurisdicción. Por otro lado, tal atribución es conjeturable por las partes y facilita la ejecución en especie en caso de que se demande el cumplimiento *in natura* de lo acordado.

14.1. *Fuentes que lo establecen*

Los artículos 32 y 33 del TDCIM 1889 y 36 y 37 del TDCIM 1940 imponen al contrato la ley del lugar de su cumplimiento. Como en el ámbito de estos Tratados la jurisdicción se desprende de la ley aplicable (art. 56 de ambos), esta ley se impone a los fines jurisdiccionales. El PBAJMC 1994, en su artículo 7º, inciso a, la adopta en caso de ausencia de elección. En la fuente interna, el Código Civil la recoge en dos preceptos (arts. 1215 y 1216).

14.2. *Calificación*

Esta regla de atribución se encuentra significativamente determinada por la *lex causæ*. El interrogante es si habremos de desprender idéntica calificación del lugar de cumplimiento a los fines del Derecho aplicable al contrato y de la atribución de jurisdicción o si, por el contrario, abordaremos calificaciones autónomas para uno u otro problema.

Como señalábamos, los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo aplican a los contratos la ley del lugar donde deben cumplirse (1889, arts. 32 y 33; 1940, arts. 36 y 37), calificando, con excesiva casuística, el punto de conexión. La ley del lugar de cumplimiento determina, en ambos sistemas, la forma del negocio jurídico (1889, art. 32; 1940, art. 36), su existencia, su naturaleza, su validez, efectos y consecuencias y su ejecución (1889, art. 33; 1940, art. 37), estipulándose una norma residual para someter al contrato a esta única ley (1889, art. 33, inc. g; 1940, art. 37, inc. g). A pesar del tenor literal del artículo 36, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo no registra diferencias sustanciales con su predecesor³⁷.

³⁷ GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado...* cit., p. 256.

Dado que en los Tratados (art. 56, TDCIM 1889 y 1940) la atribución de la jurisdicción no se establece en forma autónoma sino que es consecuencia de la *lex causæ*, entendemos que las calificaciones brindadas en esta última se imponen a los fines procesales.

El PBAJMC (art. 7º, inc. a) también recurre a calificaciones autárquicas, bajo una pauta general que estipula por “lugar de cumplimiento del contrato” al “...(E)stado Parte donde haya sido o deba ser cumplida la obligación que sirva de base para la demanda”. Y detalladamente enumera: “a) En los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas, el lugar donde ellas existan al tiempo de su celebración; b) En los contratos sobre cosas determinadas por su género, el lugar del domicilio del deudor al tiempo en que fueron celebrados; c) En los contratos sobre cosas fungibles, el lugar del domicilio del deudor al tiempo de su celebración; d) En los contratos que versen sobre prestación de servicios: 1. Si recaen sobre cosas, el lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración; 2. Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, aquel donde hayan de producirse sus efectos; 3. Fuera de estos casos, el lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato”. Esta calificación casuística –que recuerda al método montevideano– enerva la posibilidad de acudir, en ausencia de elección del foro, a otra calificación de “lugar de cumplimiento” como la que se ha venido efectuando en la jurisprudencia de nuestros tribunales a partir de “Exportadora Buenos Aires” (§ 20).

La inteligencia dada por la doctrina a los artículos 1215 y 1216 del Código Civil no es unívoca. En principio, se está lejos de homogeneizar la calificación “lugar de cumplimiento del contrato” a los fines procesales y sustantivos. La controversia autoriza una pequeña digresión.

En los contratos sinalagmáticos (recíprocos) existirán dos o más lugares de cumplimiento: verbigracia, el vendedor entregará en un Estado la cosa vendida y el comprador pagará el precio en el Estado donde hubiera obtenido la apertura del crédito. No hay que suponer identidad entre los Derechos de uno y otro Estado. A los fines del Derecho aplicable, corresponde entonces calificar como “lugar de cumplimiento” a aquel donde se ejecuta la prestación más característica

(Schnitzer), entendiendo por tal la prestación no común con otros contratos. En el ejemplo anterior, hemos de advertir que la compraventa tiene en común con otros contratos (locación, franquicia, *leasing*) el pago del precio, mientras que es esencial a ella la transferencia de la cosa en propiedad. Luego, es el lugar donde se produce la entrega de la cosa (y no el del pago del precio) aquel donde se ejecuta la prestación más característica del contrato. Ésta es, entonces, la ley del lugar de cumplimiento. El Derecho del lugar de la prestación característica gobierna todo el contrato, aun aquellos aspectos de las prestaciones no características³⁸.

Para Werner Goldschmidt³⁹ no es el lugar de cumplimiento de la prestación más característica el atributivo de jurisdicción internacional. En principio, no hay identidad en las calificaciones. “...El actor no debe ir a los tribunales del país en donde se ejecutará (o se habrá ejecutado ya) la prestación característica por ser la característica, sino que debe ir a los jueces del país en donde el demandado debe llevar a cabo la prestación con miras a la cual la demanda fue incoada, y que puede, por cierto, coincidir con la prestación característica...” En esta tesis, por lugar de cumplimiento a los fines jurisdiccionales debe entenderse “lugar de cumplimiento de la prestación demandada”.

Si el comprador demanda la entrega de la cosa, deberá ocurrir al lugar en donde la entrega de la cosa debiera haberse realizado, coincidiendo Derecho aplicable (por ser la prestación característica del contrato de compraventa) y jurisdicción (por ser el lugar de la prestación incumplida). Si el vendedor reclama el pago del precio, deberá ocurrir al lugar donde debió haberse efectuado el pago, no existiendo en principio identidad entre el Derecho aplicable y jurisdicción internacional.

Aclara Goldschmidt que tal autonomía en la calificación no autoriza al actor a acudir al juez del lugar de la prestación satisfecha (la propia), sino que deberá acudir al juez del lugar en donde el demandado

³⁸ MAYER, Pierre, *Droit International Privé*, 5ª ed., Montchrestien, Paris, 1994, p. 477; GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado...* cit., p. 395.

³⁹ GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado...* cit., p. 412.

debió cumplir la prestación que se reclama, que puede o no coincidir con la prestación más característica.

En el ejemplo anterior: si el comprador reclama la entrega de la cosa, no podrá acudir al juez del lugar en el que se efectuó el pago. Si el actor es el vendedor y reclama el pago del precio, no podrá acudir al juez del lugar en el que entregó la cosa⁴⁰.

Boggiano comparte con Goldschmidt la autonomía de la calificación, aunque difiere en orden a la restricción de equipararla al “lugar de cumplimiento de la obligación demandada”, y en su lugar, sostiene que cualquier lugar de cumplimiento, tratándose de obligaciones cumplidas o no cumplidas, características o no, constituye pautas de jurisdicción internacional concurrente en materia contractual⁴¹.

15. *Lugar de concreción de los negocios (“doing business”)*

En ciertas ocasiones, el realizar negocios constituye una pauta de jurisdicción internacional. Ciertamente es que la jurisprudencia extranjera requiere de contactos mínimos a los fines de evitar jurisdicciones exorbitantes. Aun así, en nuestro sistema tiene alcance residual.

Los Tratados de Montevideo (art. 7º, TDCOMIM 1889; art. 11, TDCOMITM 1940) imponen, como ya vimos, que la sociedad comercial debe ser demandada ante los jueces de su domicilio. Sin embargo, estipulan también que “...si una sociedad domiciliada en un Estado realiza operaciones en otro, que den mérito a controversias judiciales, podrá ser demandada ante los tribunales de este último”. La norma se reitera en lo relativo a compañías de seguros en el Tratado de 1889 (art. 10, TDCOMIM 1889). En materia de sociedades comerciales, la ley 19.550 admite la posibilidad de emplazamiento de una sociedad constituida en el extranjero –con variantes– en la persona del apoderado o del representante (art. 122), por lo cual, a falta de prórroga, habrá que estar al domicilio de estos últimos.

Estas singulares pautas de jurisdicción constituyen, a nuestro enten-

⁴⁰ Siempre que hablemos de la misma regla de jurisdicción, ya que el lugar del pago del precio o el de la entrega de la cosa pueden ser el domicilio del demandado.

⁴¹ BOGGIANO, *Derecho...* cit., t. I, p. 214.

der, la versión autóctona del *doing business* anglosajón. El ejercicio de un negocio en un lugar determinado atribuye jurisdicción a los jueces de ese Estado. No se trata de una pauta de jurisdicción razonable y por su carácter específico, no susceptible de interpretación extensiva⁴².

16. *Lugar del domicilio o sede social del actor*

El domicilio del actor es una pauta de jurisdicción prácticamente ignorada entre nosotros. El proyecto de Convención sobre Jurisdicción Internacional de La Haya la incluye en su “lista negra” de jurisdicción internacional.

Sin embargo y más allá de lo que referiremos (§ 20), se encuentra contemplada con carácter excepcional en el TDCOMITM 1940, artículo 13, *in fine*, en las demandas relativas a seguros terrestres o sobre la vida. También la contempla el PBAJMC siempre que el actor acredite haber satisfecho su prestación (art. 2º, inc. c). Se trata de una regla de alcances discutidos, ya que obligará al juez, frente al planteo de incompetencia de la parte demandada, a pronunciarse sobre una cuestión atinente al fondo (esto es, si el actor ha cumplido), difícilmente conjugable con el deber de abstención de anticipar opinión. Por otro lado, si planteada la incompetencia por tal motivo el juez rechaza declinarla y en el transcurso del proceso advierte que asistía razón al demandado (o sea, que el actor no había satisfecho su prestación): ¿deberá dictar sentencia de fondo o declararse incompetente? El Protocolo no soluciona el problema.

El Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Consumo (CMC N° 10/96, del 22-12-96), aún no en vigor, recepta la tendencia del Derecho Comparado en orden a admitir la posibilidad de deducir la pretensión frente a los jueces de su propio domicilio o, a su elección, ante el juez del domicilio de la contraparte, posibilidad de la cual esta última carece (art. 4º). El Protocolo de Buenos Aires (art. 2º, inc. 6º) excluye su aplicación a las ventas al consumidor⁴³.

⁴² V. BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Público y Privado y Derecho del Mercosur. En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 31.

⁴³ Que habla de “venta al consumidor”. P. v. MENICOCCHI, Alejandro Aldo, *Ley*

III. Dimensión sociológica

17. *Domicilio del demandado*

La atribución de jurisdicción al domicilio del demandado no genera inconvenientes prácticos, en tanto se reitera la práctica que la distribución de competencia interna aplica a los casos domésticos. En orden a la flexibilidad con la que debe ser calificado, recordamos el ejemplar pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Emilia Cavura de Vlasov c/Alejandro Vlasov”⁴⁴, al destacar que “...puede producirse efectiva denegación de justicia por la declaración de incompetencia de los respectivos magistrados”, por lo que conviene apartar la calificación del domicilio propugnada por la ley aplicable cuando ello conculcase la garantía constitucional de la defensa en juicio.

Si bien no se desprende claramente del fallo la articulación de una excepción de incompetencia, en “Praizos Hnos. c/Lamport y Holt Line Ltd. y otros”⁴⁵ se admitió la interposición de una demanda contra la sucursal argentina de la misma firma cuya casa matriz operaba en Liverpool y en la que había actuado como fletador otra sucursal de la misma firma con sede en Nueva York. Para así decidir, sostuvo el juez de primera instancia que “...(L)a firma Lamport y Holt Line Ltd. de Buenos Aires [...] demuestra claramente que la demandada es la misma firma Lamport y Holt de Liverpool que actúa en esta plaza por intermedio de su gerente Alan Edgard Boadle, con poder general para intervenir en todas las operaciones derivadas de sus actividades comerciales”.

18. *Jurisdicción derivada del Derecho aplicable*

Los problemas de desprender la jurisdicción de la ley aplicable no desaparecen por la existencia de un DIPr. común como lo pusiera de

aplicable y jurisdicción internacional en Derecho del Consumidor, en ROUILLON, Adolfo A. N. (dir.) y ALONSO, Daniel E. (coord.), *Código de Comercio comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. V, ps. 1250 y ss.

⁴⁴ CSJN, 25-3-60, “Emilia Cavura de Vlasov c/Alejandro Vlasov”, *Fallos*: 246:87.

⁴⁵ CFed. de Capital, 17-3-41, J. A. 75-231 y ss., con nota de Rafael de la Vega. También la califica de extensión indebida de jurisdicción GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado... cit.*, p. 467.

manifiesto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Emilio Lamas c/Banco Mercantil del Río de la Plata de la Ciudad de Montevideo”. Si se demanda en la República Argentina la ejecución de un contrato de comisión, celebrado entre ausentes, cuyo objeto es gestionar ante un Banco con sede en Montevideo un préstamo para una sociedad con domicilio en la Argentina, ¿habremos de fundar la competencia en el lugar en el que dicho préstamo habría de hacerse efectivo –esto es, en la República Argentina– como resolvió la mayoría (art. 38, inc. b, TDCIM de 1940) o en el lugar del cual partió la oferta aceptada (art. 42, TDCIM 1940) como sostuvo el ministro doctor Risolía?⁴⁶

19. *Prórroga de jurisdicción*

En “Nefron SA c/Gambro Sales AB s/Ordinario”⁴⁷ se cuestionó la validez de una cláusula de elección del foro y el criterio parece haber sido el de aplicación de la *lex fori*. El contrato establecía la aplicación “en todos sus aspectos” de la ley sueca. El juez de primera instancia desprendió de ello la atribución de jurisdicción a los tribunales suecos. La Cámara revocó la decisión, destacando que para que exista prórroga es necesario una manifestación inequívoca de sometimiento al juez extranjero.

En “Inta SA c/MCS Officina Meccanica SPA s/Ordinario”⁴⁸ se declaró la validez de una cláusula atributiva de jurisdicción a favor de jueces italianos contenida en una condición general de contratación inserta en una factura. Asimismo, la Cámara destacó que el Derecho aplicable al contrato rige la validez del acuerdo de prórroga.

Si el extranjero demandado ante el foro local ha planteado la incompetencia basado en una cláusula de prórroga de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros y, al mismo tiempo, en el fuero de extranjería previsto por el artículo 116 de la Constitución Nacional, el tribunal provincial deberá declarar su propia incompetencia en base a este último presupuesto, no pudiendo dirimir la cuestión de la prórroga en

⁴⁶ CSJN, 15-3-68, *Fallos*: 270:151; J. A. 1-2969-65.

⁴⁷ CNCom., sala A, 14-9-88, “Nefron SA c/Gambro Sales AB s/Ordinario”, RDCO, 1988, con nota de María Elsa Uzal.

⁴⁸ CNCom., sala E, 14-10-93, E. D. 157-128.

base a la legislación provincial. Será el tribunal federal a quien corresponda considerar la validez de la prórroga⁴⁹.

20. *Lugar de cumplimiento del contrato*

Ciertos pronunciamientos jurisprudenciales adoptaron la calificación “lugar de cumplimiento del contrato” brindada por los Derechos sustantivos. Tal fue *–inter alia–* uno de los fundamentos para declarar la incompetencia de los tribunales argentinos en “Inta c/MCS Oficina Meccanica SPA s/Ordinario”⁵⁰. En “Expósito e Hijos SRL, Antonio c/Jocqueviel de Vieu” se trató de una venta FOB llevada a cabo por la sociedad local a una compradora francesa. Enviada la mercadería y no pagado el precio, el actor dedujo demanda ante la justicia nacional y el demandado planteó incompetencia, aduciendo que el precio reclamado debía abonarse en Francia. La Cámara sostuvo que, “...a los fines procesales, el lugar de cumplimiento del artículo 1215 del Código Civil debe designar localizaciones evidentes a fin de que las partes puedan prever los foros ante los cuales pueden ser llevados a litigar en caso de conflicto. Por eso, la doctrina entiende que lugar de cumplimiento a los efectos procesales, es cualquier lugar de cumplimiento del contrato, sea o no el que se refiere a la prestación característica”⁵¹. Este último criterio fue el seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, primero en “Exportadora Buenos Aires” y luego en “Sniafa”.

⁴⁹ CCCom. de Rosario, sala 2ª, 20-12-2004, “Frigorífico Paladini SA c/Meccar Impianti SPA s/Ordinario” (inédita).

⁵⁰ V. nota 48, aunque no es ocioso aclarar que Inta SA (la actora) pretendía la validez de una cláusula compromisoria; MCS Oficina Meccanica SPA, la validez de una condición general de contratación. La condición general de contratación estaba suscripta por ambas partes, mientras que adolecía de la firma de MCS Oficina Meccanica SPA la cláusula compromisoria. En función de ello, la Cámara atribuyó la competencia a los tribunales italianos, porque en ese caso sí había cláusula compromisoria firmada.

⁵¹ CNCom., sala E, 10-10-85, E. D. 121-671 y L. L. 1986-D-46, con nota de GOLDSCHMIDT, Werner, *Jurisdicción internacional en contratos internacionales*. Goldschmidt, a pesar de no coincidir en el postulado general de que cualquier lugar de cumplimiento del contrato genera jurisdicción internacional, confirma la justicia del fallo, ya por cumplirse aquí la prestación más característica –lo que determina la aplicación del Derecho argentino– y seguir analógicamente lo prescripto por los artículos 56 de los TDCIM 1889 y 1940.

En “Exportadora Buenos Aires c/Holiday Inn Worldwide Inc.”⁵² la actora alegó haber celebrado un contrato con la cadena hotelera por el cual esta última pagaría a la actora ciertas sumas de dinero garantizando a la demandada la presencia de la selección argentina de fútbol en sus hoteles, debiendo otorgarse allí sus entrevistas y realizar otras actividades con efecto publicitario. La selección de fútbol volvió al país antes de lo esperado. La actora demandó el cobro de rubros a su juicio adeudados. La demandada interpuso una demanda declarativa en los Estados Unidos enderezada a obtener un pronunciamiento de que nada debía a la parte aquí actora. Al ser emplazada en nuestro país, la demandada interpuso excepción de incompetencia y de litispendencia. Fundó la primera en razón de que la prestación más característica del contrato innominado debía llevarse a cabo en los Estados Unidos. La Corte rechazó la incompetencia, y postuló que “...en ausencia de solución convencional específica, cualquier lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales en la República justifica la apertura de la jurisdicción internacional argentina”.

El criterio se reiteró en “Sniafa SAIC c/Banco UBS AG”⁵³, por lo que podemos concluir que nuestro Superior Tribunal admite sin hesitación que “lugar de cumplimiento del contrato” equivale a cualquier lugar de cumplimiento, sea de la obligación cuyo reclamo se persigue, sea de la obligación satisfecha por el actor.

La doctrina de “Exportadora” asimiló en cierto modo lo resuelto por el TJCE, *in re* “Industrie Tessili Italiana Como c/Dunlop AG” (6-10-76)⁵⁴. La doctrina del Tribunal obliga al juez ante el que se ha presentado una demanda en materia contractual a averiguar, primero, el Derecho aplicable al negocio jurídico considerado, para, después, definir el lugar de cumplimiento conforme a ese Derecho. El método “Tessili” impone una lógica conflictualista que permite introducir la calificación del lugar de cumplimiento (art. 5.1, Convención de Bruselas) de conformidad a las normas de DIPr. del foro. El artículo 5º, número 1, del Convenio de Bruselas establece que: “(L)as personas

⁵² CSJN, 20-10-98, L. L. 2000-A-404, con comentario de Carolina Iud.

⁵³ CSJN, 14-9-2004, M. J. J. 3089.

⁵⁴ POCAR, *La convenzione...* cit., p. 119.

domiciliadas en el territorio de un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante [...] en materia contractual, ante el Tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda”. Ciertamente que la interdependencia entre jurisdicción y Derecho aplicable (en la Unión Europea, por cierto, mitigada en razón de la existencia de instrumentos convencionales en ambas ramas) nos lleva a declarar la jurisdicción internacional en función del DIPr. del foro, de resultas de lo cual las críticas a la doctrina “Tessili” fueron significativas, llegándose a decir que de su adopción generalizada se propugnaba un foro del domicilio del demandante.

A pesar de estas críticas que llegaron a augurar el abandono de la conexión, el TJCE mantuvo el criterio en “GIE Groupe Concorde y otros c/Capitán del buque ‘Suhadiwarno Panjan’ y otros”⁵⁵ (28-9-99). Esta vez se sometió a cuestión prejudicial el mismo precepto, sugiriéndose el abandono de la lógica conflictualista “Tessili” y postulando una interpretación autónoma, en el sentido de que por *lugar de cumplimiento* de una obligación contractual ha de entenderse aquel que resulte designado en función de las circunstancias propias de cada caso habida cuenta de la naturaleza de la relación jurídica controvertida, sabiendo que se presumirá que tal lugar coincide con aquel donde se hubiera cumplido o debiera cumplirse la prestación que caracteriza al negocio jurídico considerado. De resultar varios lugares, deberá preferirse aquel que presente mayor vinculación con la causa. En “GIE Groupe Concorde” se suscitó un litigio, por un lado, entre siete compañías de seguros y GIE Groupe Concorde, con domicilio en París –en adelante, “aseguradores”– y, por el otro, con el capitán del buque “Suhadiwarno Panjan”, Pro Line Ltd. (en adelante, “Pro Line”), con domicilio social en Hamburgo (Alemania), y otros cuatro demandados. La causa fue la detección de averías en la entrega de un cargamento de cajas de botellas de vino transportado por vía marítima. Los aseguradores indemnizaron al destinatario. Subrogados en los derechos de éste, presentaron una demanda reclamando el pago de la indemnización por daños y perjuicios, en particular, contra el capitán del buque y Pro Line, ante

⁵⁵ [Http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es&Submit=Buscar&alldocs=allldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&docjo=docjo&numaff=&datefs=&d atefe=&nomusuel=Groupe+Concorde+&domaine=&mots=&resmax=100, 19-9-2006.](http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es&Submit=Buscar&alldocs=allldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&docjo=docjo&numaff=&datefs=&d atefe=&nomusuel=Groupe+Concorde+&domaine=&mots=&resmax=100, 19-9-2006.)

el Tribunal de Comercio de Le Havre, el cual, por resolución de 3 de enero de 1995, declinó su competencia. Los aseguradores recurrieron ante la Corte de Apelaciones de Rouen, que confirmó, por resolución de 24 de mayo de 1995, la incompetencia de los tribunales franceses, declarando que Le Havre no era el lugar de cumplimiento del contrato de transporte. Los aseguradores interpusieron contra esta resolución un recurso de casación ante la Corte de Casación reprochando, *inter alia*, que la resolución de la Corte de Rouen habría afirmado que el lugar de cumplimiento de la obligación derivada del contrato de transporte no era Le Havre, sin haber examinado previamente cuál era la ley por la que se regía el referido contrato. La Corte de Casación señaló que, en efecto, el Tribunal de Justicia consideró en su sentencia de 6 de octubre de 1976 que el lugar en que hubiera sido o debiera ser cumplida la obligación, en el sentido del artículo 5º, número 1, del Convenio de Bruselas, se determina con arreglo a la ley que regula la obligación controvertida según las normas de conflicto del órgano jurisdiccional que conoce del litigio, ley que puede incluir las disposiciones de un convenio internacional que establezca una ley uniforme (sent. de 29-6-94, “Custom Made Commercial”, C-288/92, Rec. p. I-2913), a menos que las partes definan ellas mismas dicho lugar mediante una cláusula válida con arreglo al Derecho aplicable al contrato. No obstante, la Corte de Casación estimó que procedía solicitar al Tribunal de Justicia que determinara si cabía adoptar una solución comunitaria autónoma y, por ello, resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión: “Para aplicar el artículo 5º, número 1, del Convenio [...] el lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación, en el sentido de dicha norma, ¿debe determinarse conforme a la ley por la que se regula la obligación controvertida según las normas de conflicto del órgano jurisdiccional que conozca del asunto, o deben los Jueces nacionales determinar el lugar de cumplimiento de la obligación indagando, en función de la naturaleza de la relación obligatoria y de las circunstancias del caso concreto, el lugar en donde la prestación fue o debió ser efectivamente realizada, sin que tengan que referirse a la ley por la que se rija la obligación controvertida según la norma de conflicto del foro?” El Tribunal concluyó que la calificación del “lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda” (art. 5.1, Bruselas) debe determinarse con arreglo

a la ley por la que se rige la obligación controvertida según las normas de conflicto del órgano jurisdiccional que conoce del litigio⁵⁶.

21. *Jurisdicción concurrente*

Al afirmar la Corte la jurisdicción internacional argentina no otorgó a ésta carácter exclusivo, como lo sostuvo, años después, en “Holiday Inn Inc. c/EBASA Exportadora Buenos Aires SA s/Ejecutivo”. Como señalamos, Holiday Inn había interpuesto contemporáneamente y en Estados Unidos una demanda declarativa. La cadena hotelera obtuvo sentencia favorable en los tribunales extranjeros y dicha sentencia fue reconocida en nuestro país⁵⁷.

22. *Jurisdicción exclusiva*

Son reiterados los pronunciamientos de jurisdicción exclusiva en materia de transporte. En “Sociedad Moulins y Cía. c/FF. CC. Central de Buenos Aires”⁵⁸, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la decisión de la Cámara que había aplicado el reglamento ferroviario argentino a un ferrocarril paraguayo, por tratarse esta fuente de exclusiva competencia local.

En “Compte y Cía. c/Ibarra y Cía.”⁵⁹ se declaró la nulidad de una cláusula del conocimiento de embarque que sometía todas las controversias a la jurisdicción española. Un vapor extranjero perdió, como consecuencia de un robo a bordo, dos cajas de azafrán que debían entregarse a la actora, Miguel Compte y Compañía. Ésta demandó en

⁵⁶ Lo resuelto por el TJCE no es extensivo al contrato de trabajo, en el que ha afirmado que procede determinar el lugar de cumplimiento de la obligación pertinente no con referencia a la ley nacional aplicable según las normas de conflicto del órgano jurisdiccional que conoce del asunto, sino, por el contrario, sobre la base de criterios uniformes que le corresponde definir fundándose en el sistema y en los objetivos del Convenio de Bruselas (sentencia “Mulox IBC”, apartado 16), criterios que llevan a elegir el lugar en que el trabajador ejerce de hecho las actividades pactadas con su empresa (sentencia “Mulox IBC”, apartado 20). Tampoco es extensivo a los contratos con consumidores, que pueden entablar demanda en el lugar de conclusión del contrato, domicilio o residencia habitual del consumidor (art. 17, Reglamento Bruselas I).

⁵⁷ CSJN, 5-4-2005, M. J. J. 4883.

⁵⁸ CSJN, 28-9-31, *Fallos*: 162:262.

⁵⁹ CSJN, 16-9-36, *Fallos*: 176:218.

nuestro país a la empresa naviera, la que interpuso excepción de incompetencia que fue acogida por los tribunales de instancias ordinarias, haciendo hincapié en la renuncia al fuero propio efectuada por el consignatario de la carga, prorrogándose la jurisdicción en Sevilla. El robo había sido efectuado en el puerto de Buenos Aires, los jueces argentinos habían juzgado el delito penal y de aquél se iba a obtener necesariamente alguna conclusión sobre la culpa del capitán. Para declarar la nulidad de la cláusula compromisoria, la Corte se fundó en la potestad soberana del Congreso para regular todo lo atinente al comercio y en sus atribuciones para entender en las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima (art. 100, Const. Nac.), como también en todo hecho o contrato concerniente a la navegación y al comercio marítimo y crímenes cometidos en los ríos, islas y puertos argentinos (ley 48, arts. 2º, inc. 10, 3º y 12). Destacó además la Corte que el Código de Comercio (en su art. 1091) disponía que “el contrato de fletamento de un buque extranjero que haya de tener ejecución en la República debe ser juzgado por las reglas establecidas en este Código, ya haya sido estipulado dentro o fuera de la República” y que tal precepto no daba carácter potestativo al acreedor para elegir el juez nacional, sino que lo establece terminantemente y sin excepciones conforme a los principios de la ley 48 (art. 2º, inc. 10), importando esto la jurisdicción de nuestros tribunales. Una razón de política comercial se expuso en la culminación del decisorio: la inexistencia de flota mercante nacional que dejaba a merced de los monopolios del transporte la suerte de importadores y exportadores argentinos.

En “Eberh Clemens B. m. b. H. c/Buque «Pavlo»”⁶⁰ la actora, domiciliada en Hamburgo, importadora de sesenta y dos mil quinientas toneladas de arroz blanco, trabó embargo preventivo e interdicción de salida sobre el buque “Pavlo”, nacional de la República Democrática Popular de Corea, hallándose éste en el puerto de Buenos Aires. La demandada interpuso excepción de incompetencia fundada en el artículo 614 de la ley 20.094, al establecer la jurisdicción internacional de los jueces argentinos cuando el contrato deba cumplirse en la Re-

⁶⁰ CSJN, 25-9-75, *Fallos*: 293:455, con nota de Werner Goldschmidt en L. L. 1976-B-93.

pública o la del domicilio del demandado, a opción de la actora. Destacó también que esta disposición tiene carácter especial con respecto a la del artículo 612 del mismo cuerpo legal, que dispone el foro argentino para el caso en que, según la ley patria, el buque pueda ser embargado. Los tribunales inferiores y la Corte Suprema confirmaron la jurisdicción argentina. En el razonamiento de la Corte se indicó que no existe entre ambas normas relación de especialidad alguna, sino que juntas establecen la jurisdicción internacional concurrente de los jueces del lugar de ejecución de las obligaciones contractuales de utilización de buques (art. 614), del domicilio del demandado (art. 614) y de los tribunales argentinos en todo juicio en que sea parte un propietario o armador de un buque de bandera extranjera, en los casos en que, según la ley argentina, el buque pueda ser embargado (art. 612). En el caso, la concurrencia ocurre por la omnilateralización del artículo 614. Por otro lado, la Corte destacó razones de efectividad para mantener la competencia de los tribunales nacionales, la irrazonabilidad de otorgar a los jueces de Hamburgo una conexión mayor que la de los jueces argentinos, en razón de no ser aquél el domicilio de la excepcionante y, finalmente, la necesidad de que, tanto en el foro alemán como en el argentino, las pruebas que la demandada alegó iría a producir debían serlo, en ambos casos, a través de auxilio procesal internacional en razón de tener que producirse en el puerto coreano de embarque.

IV. Dimensión axiológica

23. Razonabilidad de la jurisdicción

Coincidimos con Goldschmidt en que cuantas más jurisdicciones se pongan a disposición del actor, más cómoda será la realización de sus pretensiones⁶¹. Sin embargo, tal proposición debe ser conjugada con cierta razonabilidad ya que en materia internacional, quien accede a una jurisdicción accede a un Derecho determinado en función de las reglas de DIPr., por lo cual es menester prevenir el *forum shopping* y asegurar la efectiva realización del derecho de defensa. La regla general es la concurrencia de jurisdicciones, pero concurrencia no debe

⁶¹ GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado...* cit., p. 469.

significar promiscuidad. En esta idea, cada pauta de jurisdicción –de las que nuestro Derecho positivo da muestras de generosidad– debe ser aplicada bajo tales premisas.

24. *Respeto al elemento extranjero*

Ciuro Caldani⁶² destaca que “quien ejerce la jurisdicción conduce, es decir, dirige, guía, eligiendo entre diversas posibilidades, y dicha conducción produce un reparto de potencia e impotencia. La jurisdicción es parte del gran esfuerzo del Derecho por conducir y adjudicar el mundo”. De tal suerte, cada vez que se emplaza a alguien a un marco preexistente de reglas se debe tener presente que se sumerge a una persona en un contexto normativo, social y valorativo que, en el caso multinacional, puede resultarle extraño. Por ello corresponde enfatizar la primacía de la jurisdicción atribuida a los jueces del domicilio del demandado, habida cuenta de garantizar el adecuado ejercicio del derecho de defensa. Al mismo tiempo, este foro facilita al actor la eventual ejecución de la sentencia, puesto que se presume que donde el demandado se domicilia cuenta con bienes. También deberá generalmente despreocuparse del reconocimiento de dicho pronunciamiento en otro Estado, ya que es probable que se ejecutará en aquel en el cual existió jurisdicción internacional directa. Por estas razones, encabeza la lista blanca del proyecto sobre Jurisdicción Internacional de la Conferencia de La Haya.

25. *Jurisdicción exorbitante*

No juzgamos acertado que los socios de una sociedad constituida en el extranjero sean obligados a dirimir sus controversias en el domicilio de la sociedad (art. 10, TDComITM 1940; art. 10, PBAJMC), en tanto al constituir la sociedad en el extranjero han hecho uso de su autonomía conflictual, eligiendo el Derecho que habrá de regir al ente societario. Pareciera más atinado recurrir a la jurisdicción de los jueces del lugar donde se efectuó la incorporación de la sociedad. Sin

⁶² CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Filosofía de la jurisdicción. Con especial referencia a la posible constitución de un tribunal judicial del Mercosur*, FIIJ, Rosario, 1998, ps. 17 y ss.

embargo, ciertas razones de pragmatismo determinaron que en “Harrods (Buenos Aires)”⁶³ se recurriera a la doctrina del *forum non conveniens* a pesar de existir jurisdicción de acuerdo a la Convención de Bruselas. Para así decidir, el tribunal inglés ponderó que la sucursal se encontraba en otro Estado (Argentina), y habría necesidad de inventariar, tasar activos, recabar pruebas y llevar a cabo una serie de tareas fuera de su jurisdicción, no siendo los jueces ingleses apropiados para la controversia.

26. *Paralelismo*

La regla del paralelismo sólo puede ser operativa cuando exista una indudable certeza de la aplicación de la *lex fori*. Sabemos que tanto los Tratados de Montevideo como el Código Civil argentino utilizan conexiones rígidas y jerarquizadas. El juez carece de la facultad de determinar cuál es el Derecho con el cual el contrato presenta un vínculo más cercano: tal vínculo lo estableció el legislador. Ello apareja la imposibilidad de determinar, *a priori*, un Derecho aplicable y desprender de éste una pauta de atribución de jurisdicción. Aun en el caso de hallarnos frente a una conexión indubitable y, consecuentemente, de que deberá ser aplicado un Derecho determinado, el método analítico conspira contra tal determinación y se impone una jerarquización de los distintos problemas a discernirse en la causa. En tal sentido, la jerarquización debe efectuarse sobre la esencia de la pretensión, y no sobre una cuestión periférica de la causa.

27. *Libertad en la elección del foro*

La prórroga de jurisdicción debe ser libremente admitida. Para ello, hemos de avalar su calificación por la ley procesal del tribunal elegido. Ello facilita la tarea e impide una anticipada penetración de la ley sustantiva en la órbita jurisdiccional. Al mismo tiempo, se impide que contratantes inescrupulosos recurran a planteos de incompetencia conjeturalmente promisorios sometiendo la prórroga a la ley del tribunal excluido. La intervención de los tribunales desplazados tendrá lugar en el caso de que la prórroga conculcare alguna norma de jurisdicción

⁶³ *In re* “Harrods (Buenos Aires) Ltd.” [1992] Ch. 72 [Harrods].

exclusiva y, por ende, improrrogable. Las normas procesales locales carecen de entidad en materia internacional y, por ende, no están llamadas a calificar prórroga alguna o a intervenir declarando jurisdicciones exclusivas.

28. *La necesaria revisión de la calificación actual del lugar de cumplimiento del contrato*

La calificación “lugar de cumplimiento del contrato” como “cualquier lugar de cumplimiento del contrato” en la inteligencia de nuestra Corte Suprema debe ser revisada. No significa ello que volvamos al criterio de homogeneización de la conexión a los fines sustantivos como procesales. Simplemente se trata de evitar la generación de un foro del demandante o que se constituya cualquier localización como un “lugar de cumplimiento” que puede generar jurisdicciones exorbitantes. Como observamos, la consideración lata que nuestra CSJN hizo del lugar de cumplimiento del contrato en “Exportadora” y en “Sniafa” va más allá de la doctrina “Tessili”, ya que ninguna norma de conflicto permite concluir, en nuestros sistemas (convencional y de fuente interna), a las conclusiones en abstracto (“cualquier lugar de cumplimiento”) pronunciadas en tales sentencias.

29. *El foro del actor*

La asunción de competencia en base al foro del domicilio del actor sólo puede ser justificada en circunstancias de evidente desproporción del poder de negociación de las partes en conflicto, como ocurre en materia de consumo⁶⁴. También es plausible –como lo hace el TDCo-mITM 1940, artículo 13– su aplicación en materia de seguros. Bajo tales premisas, se descarta toda posibilidad de extensión de la regla.

30. *El “doing business”*

Si bien entendemos que el emplazamiento a una sociedad extranjera

⁶⁴ Miguel Ángel Ciuro Caldani, Comunicación cursada al XVIII Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI) y al XIV Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dra. Berta Kaller de Orchansky”, Rosario, 13 a 15 de octubre de 2005.

en la persona de su representante requiere de fundamentación⁶⁵, no menos cierto es que no puede obligarse a quien ha contratado con una sociedad extranjera a demandar en el lugar de su incorporación o en el asiento principal de sus negocios. Por eso merece nuestra aprobación el artículo 122 de la Ley de Sociedades, en tanto en cuanto se ciña al negocio que da origen a la demanda.

⁶⁵ V. O'FARRELL, Ernesto y GARCÍA MORILLO, Pablo, *El emplazamiento en juicio de sociedades extranjeras*, en L. L. del 30-9-97, p. 1.

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN

por ROBERTO MIGUEL NATALE*

SUMARIO: I. Introducción. II. Modos de extinción. 1) Renuncia. 2) Prescripción. III. Conclusión.

I. Introducción

Enrolado nuestro sistema civil en limitar el poder dispositivo a título gratuito de toda persona que al morir deja herederos forzosos (descendientes, ascendientes y cónyuge, e incluso, independientemente de la caracterización sucesoria que se adopte a su respecto, es también legítimaria la nuera viuda) (arts. 3591, 3576 bis, 3714, 1830, 3601 y concs., Cód. Civ.), al tener que respetarle una porción de sus bienes o de su herencia –según sea el criterio que se adopte sobre la naturaleza jurídica de la legítima–, la posibilidad de que ésta sea afectada por liberalidades entre vivos o disposiciones testamentarias es más que frecuente.

Más aún si se tiene en cuenta que el monto de las legítimas nacionales que deben protegerse (cuatro quintos para los descendientes; dos tercios para los ascendientes; la mitad para el cónyuge, y a la nuera viuda y sin hijos un cuarto de los bienes que le hubiesen correspondido a su marido en la sucesión de sus suegros) resulta el más elevado de la legislación universal, reduciéndose notablemente la porción disponible del causante. Tanto es así que no ha faltado quien haya sostenido que dichos montos –no el instituto de la legítima– son

* Profesor Titular Ordinario de Derecho Civil VI de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

inconstitucionales al afectar la libertad de testar y el derecho de propiedad¹. Sin perjuicio de lo opinable que resulta el criterio, no en vano el Anteproyecto de Bibiloni, el Proyecto de 1936, el Anteproyecto de 1954 y últimamente el Proyecto de Reforma al Código Civil de 1998 han propuesto su reducción.

La acción de reducción tiene, precisamente, una función protectora de la legítima, en el caso de que ésta haya sido afectada por legados o donaciones.

Aquí nos hemos de dedicar a un aspecto de ella: cómo se extingue la posibilidad de su ejercicio. Y ello ocurre por dos razones: renuncia y prescripción.

¹ El monto de las legítimas nacionales –que es el más alto de la legislación comparada– ha sido tildado de inconstitucional por afectar el derecho de propiedad y el de testar (arts. 14 y 20, Const. Nac.), los que no pueden ser alterados por las leyes que los reglamenten (art. 28, Const. Nac.), y el Código Civil, que es posterior a nuestra Carta Magna, lo habría hecho al fijarlas. Y ello sería así ya que todas exceden el límite del 33% que la Corte Suprema de la Nación ha fijado como confiscatorio en materia impositiva, trasladando de esa manera dicho criterio al Derecho Civil (MOLINARIO, *Inconstitucionalidad del monto de las cuotas legitimarias*, en L. L. 90-900).

Recientemente se ha ido más allá al atacar directamente la institución de la legítima, opinando que el causante debería poder disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, con la sola limitación de que el ordenamiento jurídico mantendría vigente después de la muerte las obligaciones alimentarias que el fallecido tenía en vida (AZPIRI, *Límites a la autonomía de la voluntad en el Derecho Sucesorio*, en J. A. 2001-IV-909). O señalando que con el régimen actual se viola el derecho de testar –el que debería tener como límite las obligaciones alimentarias que el causante tenía en vida para con sus herederos y graduarla según la cantidad de herederos, la edad biológica de éstos y si padecen de alguna discapacidad física, psíquica o social–; el derecho de propiedad –ya que la función social de la propiedad no se agota en el círculo familiar, sino también se extiende a otros que por razones de indigencia o incapacidad necesitan de esa propiedad; alterándose asimismo el principio de razonabilidad, que haría que en vida el derecho de propiedad no pudiese ser afectado en más del treinta y tres por ciento, mientras que cuando existen herederos forzosos por disposición testamentaria, en el mejor de los casos, sólo se permite disponer del cincuenta por ciento de los bienes–; y el derecho de igualdad real –pues basta que los herederos legitimarios se encuentren en el mismo grado para que el Derecho Sucesorio les otorgue por igual la misma cuota parte de la herencia legítima, no importando su edad biológica, su situación social, ni sus cargas de familia– (SALOMÓN, *La Constitución Nacional y la legítima hereditaria*, en J. A. 2001-IV-913).

II. Modos de extinción

1) *Renuncia*

Aceptándose el sistema de la legítima *pars hereditatis* cabe afirmar que el renunciante a la sucesión se lo juzga como si nunca hubiese sido heredero (art. 3353), por tanto no puede accionar por reducción². Sin embargo, habiéndonos adherido al sistema de la legítima *pars bonorum* y entendiendo que no es necesario para entablar la acción de reducción ser aceptante de la herencia, la renuncia a ésta no impedirá su ejercicio, pues el carácter de legitimario es independiente del de heredero; pero sí traerá la pérdida de la acción, la renuncia al título de legitimario. Ante lo opinable que es el tema de la naturaleza jurídica de la legítima y la posibilidad de la existencia del legitimario no heredero, para evitar malos entendidos, si se renuncia a la herencia será conveniente dejar perfectamente a salvo que no se lo hace de la calidad de legitimario³, para poder conservar así la legitimación necesaria para entablar la acción de reducción. Bastará, entonces, que el accionante alegue su título de legitimario y lo demuestre con la prueba de su vínculo familiar con el causante y el fallecimiento de éste, sin tener que asumir la posición de heredero aceptante⁴.

² FERRER, *La acción de reducción*, en *Sucesiones* (Libro homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, p. 193, pto. 72.

³ Conf. OVSEJEVICH, voz *Legítima*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1979, t. XVIII, p. 42, pto. 42, ap. A); BELLUSCIO, *La acción de complemento de la legítima*, en L. L. 1985-E-672, pto. 16, ap. c).

⁴ “En suma, dentro del sistema del Código es posible que el legitimario recoja su porción legal sin tomar el título de heredero. Lo que importa es que reciba la legítima, por cualquier título (art. 3600), si bien siempre libre, es decir, sin gravamen ni condición” (GUAGLIANONE, *La condición del legitimario no heredero*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Martínez Paz*, Perrot, Buenos Aires, 1957, p. 282, pto. B. Conf. OVSEJEVICH, ob. cit., p. 119, pto. 46, ap. A). Otro tanto se ha dicho en el Derecho español: “...la acción de reducción corresponde sólo a los *legitimarios* por sí solo y por concesión directa de la Ley. Aquí se observa una de las diferencias que separan al legitimario del heredero, pues si se considera que el legitimario tiene esa condición no podría fácilmente olvidar que a su causante le obligaba la irrevocabilidad de las donaciones y como tal heredero debía respetar los actos ejecutados por el mismo. En nuestro Derecho y a virtud de la orientación moderna de la jurisprudencia está bien claro que los legitimarios no están nunca vinculados por los actos del testador y pueden impugnar perfectamente, por vicio de simulación relativa, los actos de disposición aparentemente

Dicha renuncia recién puede realizarse después de la apertura de la sucesión (arts. 3282 y nota y concs.), ya que desde entonces queda abierto el derecho a la legítima. Antes de la muerte del causante, la renuncia será nula por constituir un pacto sobre herencia futura (art. 3599); salvo en caso de las enajenaciones con cargo de renta vitalicia o reserva de usufructo, que la ley presume simuladas (art. 3604)⁵.

Sin embargo, aunque sea difícil concebirlo, puede ocurrir que el heredero acepte la herencia y renuncie solamente a la acción de reducción. Esta renuncia debe ser pura, actual y total. La renuncia condicional sólo puede resultar de un pacto entre los herederos, con alcances limitados a las partes contratantes (arg. art. 3318 y nota)⁶.

Regida por los mismos principios que reglan toda renuncia, la renuncia a la acción de reducción puede ser expresa o tácita (arts. 873 y ss.). Haciéndola expresamente mediante un escrito en el proceso sucesorio produce efectos frente a terceros⁷. En cuanto a la renuncia tácita, ella no se presume y es de interpretación restrictiva (art. 874); de manera que para tenerla por hecha, debe resultar de un acto ine-

onerosa que encubran un acto de liberalidad y pedir, en consecuencia, la reducción de las donaciones” (PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil español. Sucesiones*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, t. V, vol. II, p. 404, pto. c).

Por otro lado, algunos exigen la declaratoria de herederos o la aprobación del testamento o la iniciación del proceso sucesorio, o ambos, según los casos, para la viabilidad formal de la acción por parte de los reclamantes (FARAONI, *Acciones de protección a la legítima: aspectos procesales*, en J. A. 2001-IV-929, pto. II, ap. g). Nosotros entendemos que estos extremos no son necesarios porque los legitimarios tienen la posesión hereditaria de pleno derecho (arg. arts. 3410, 3414, *a contrario sensu*, y concs.) (conf. FERRER, en FERRER y MEDINA, *Código Civil comentado. Sucesiones*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, t. II, p. 171, pto. 7, ap. e); BORDA, *Tratado de Derecho Civil argentino. Sucesiones*, 3ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1970, t. I, p. 310, § 440, y p. 321, § 451; CÓRDOBA, *Derechos del heredero. La posesión hereditaria*, La Ley, Buenos Aires, 1998, ps. 11 y 12, ap. b).

⁵ BORDA, *Tratado...* cit., t. II, ps. 131 y 132, pto. 979.

⁶ Jurisprudencialmente se ha declarado nula la renuncia a la acción de reducción o de complemento de la legítima, sujeta a la condición resolutoria de que el coheredero renuncie también al ejercicio de la misma acción (CNCiv., 24-9-52, J. A. 1955-IV-376).

⁷ CCiv.1ºCap., 9-11-34, J. A. 48-443, con nota aprobatoria de DÍAZ de GUIJARRO, *¿Cuándo se perfecciona la renuncia a la acción de reducción*, pto. IV; FERRER, *La acción...* cit., p. 193, pto. 75.

quívoco e indudable que la presuponga y que no ofrezca la menor duda sobre la misma⁸. Por ejemplo, hay acuerdo general en que el pedido de aprobación de un testamento que contiene mandas excesivas no importa renuncia, porque ese pedido alude a las formas del testamento y es un trámite necesario para iniciar la sucesión; tampoco se entienden como renuncia las expresiones generales por las cuales el legitimario manifiesta su acuerdo con las disposiciones testamentarias establecidas por el causante⁹.

Un caso particular que ha motivado discusión es si la entrega de un legado que daña la legítima importa renuncia tácita a la acción de reducción. Por supuesto que cualquiera sea la postura que se elija entre las que se expondrán, si los legados son varios, la cuestión de la eventual renuncia sólo se presenta en relación con el cumplido y no con respecto a los otros¹⁰. Tres respuestas se han ensayado:

a) Dicho hecho no importa renuncia, porque es posible que el he-

⁸ BLOUSSON, *La acción de reducción*, tesis, Agustín Etchepareborda, Buenos Aires, 1902, ps. 85 y 86, pto. XXXIV; OVSEJEVICH, ob. cit., p. 42, pto. 46, ap. B); PLANIOL y RIPERT, *Tratado teórico práctico de Derecho Civil francés*, trad. de M. Díaz Cruz, Cultural, La Habana, 1935, t. 5, ps. 129 y 130, pto. 128.

⁹ FORNIELES, *Tratado de las sucesiones*, 4ª ed., Tea, Buenos Aires, 1958, t. II, p. 111, pto. 110; OVSEJEVICH, ob. cit.; FERRER, *La acción...* cit., p. 193, pto. 75; BORDA, *Tratado...* cit., t. II, p. 132, § 980; PÉREZ LASALA, en PÉREZ LASALA y MEDINA, *Acciones judiciales en el Derecho Sucesorio*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 42, pto. 26.

Así, se trae el siguiente caso citado por Laurent: una hija legó a su madre, de 83 años de edad, una renta vitalicia de un florín y medio por día, declarando que esta renta equivalía a la cuarta parte de la sucesión que le correspondía como legítima; el mismo día de la muerte de aquella su madre confirmó ante escribano público el testamento, cuando en realidad éste afectaba su legítima, pues siendo la fortuna de la hija de 30.000 a 40.000 florines no podía pretenderse que equivaliese a una cuarta parte de ella una renta vitalicia como la dejada a una anciana de tal edad. Es claro que si ésta había confirmado el testamento, era simplemente por no tener conocimiento del verdadero estado de la sucesión; y la Corte de Bruselas resolvió que los términos del instrumento probaban que su consentimiento era el resultado de un error sobre el estado de la sucesión, error al que había sido llevada por el testamento de su hija y estando viciada su manifestación de voluntad por el error, la anuló (BLOUSSON, ob. cit., ps. 87 y 88, pto. XXXV, ap. 2º).

¹⁰ BLOUSSON, ob. cit., p. 87, pto. XXXV, ap. 1º; LAFAILLE, *Curso de Derecho Civil (Sucesiones)*, compilado por Frutos y Argüello, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1933, t. II, p. 178, pto. 242; FORNIELES, ob. cit., t. II, p. 112, pto. 110; OVSEJEVICH, ob. cit., p. 42, pto. 46, ap. B) *in fine*.

redero haya ignorado la verdadera consistencia de la herencia y haya obrado sin conocimiento de causa¹¹.

- b) Se trata de una cuestión de hecho, que debe resolverse de acuerdo a las circunstancias particulares del caso. Si se demuestra que el heredero tenía pleno conocimiento de cuáles eran los bienes y las deudas dejadas por el causante, y cuáles las donaciones hechas en vida, es decir tenía conocimiento de la lesión a su legítima, entonces el cumplimiento del legado tendrá el valor de una renuncia tácita. La carga de la prueba recaerá en el legatario¹².
- c) Por último, otros piensan –y así también lo creemos– que la entrega del legado supone, en principio, la renuncia de la acción de reducción, a menos que el heredero pruebe su ignorancia sobre la cuantía de los bienes heredados. Es que salvo que el heredero pruebe ese error, ejecutar un legado cuando hay derecho a reducirlo implica la voluntad de renunciar; la prudencia le impone al legitimario, antes de pagar un legado, cerciorarse de la importancia de los bienes recibidos, so pena de cargar con su ligereza. Más aún, tratándose de un don gratuito, el legatario ha podido disponer del bien, entrando en gastos que de otro modo no habría hecho y sería injusto exponerlo a su devolución; sobre todo si se tiene en cuenta –además– que hemos negado el efecto reipersecutorio de la acción de reducción contra los terceros adquirentes del bien legado¹³.

¹¹ DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, A. Lahure, Paris, 1887, t. XIX, ps. 295 y 296, pto. 230.

¹² AUBRY et RAU, *Tours de Droit Civil français*, 5ª ed., Marchal et Godde, Paris, 1919, t. 11, p. 97, pto. 685 quater, ap. 2º; GRIMALDI, *Droit Civil. Successions*, Litec, Paris, 1989, p. 748, pto. 825 y nota 10; VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama de Derecho de Sucesiones*, Civitas, Madrid, 1982, t. I, p. 631, pto. 290; BORDA, *Tratado...* cit., t. II, p. 132, pto. 980 y nota 1438; MAFFÍA, *Tratado de las sucesiones*, Depalma, Buenos Aires, 1982, t. II, p. 546, pto. 895; FERRER, *La acción...* cit., p. 193, pto. 76; PÉREZ LASALA, en PÉREZ LASALA y MEDINA, *Acciones judiciales...* cit., p. 42, pto. 26; OVSEJEVICH, ob. cit., p. 42, pto. 46, ap. B), si bien considera más razonable la tercera posición que se expondrá inmediatamente en el texto, ya que no afectaría al legatario y a los posibles terceros adquirentes del bien legado; de allí que su adhesión a esta segunda postura lo es en principio, porque no siempre hay oposición entre ella y la tercera, y la adopción de cualquiera de ellas estará sujeta a las condiciones de hecho.

¹³ LAURENT, *Principes de Droit Civil*, 3ª ed., Bruylant-Christophe–Marescq,

La renuncia queda perfeccionada sólo cuando es aceptada por los beneficiarios de la misma, perdiendo entonces el renunciante el derecho a obtener la integración de su legítima (arg. art. 868). Hasta ese momento el renunciante puede retractarse de su renuncia (arg. arts. 875, 1792, 1793). También se ha concebido a la renuncia a la acción de reducción como una oferta de un contrato a título gratuito hecha por el heredero al legatario, por lo cual puede ser retractada mientras no haya sido aceptada (arg. art. 1150)¹⁴.

Los acreedores del heredero podrán impugnar la renuncia a la acción de reducción por medio de la acción pauliana, si se ha hecho en fraude de sus derechos y se acreditan los requisitos condicionantes de la acción (arg. art. 3351)¹⁵.

2) Prescripción

Partiendo de la base de que la reducción es una acción personal que tiende a la resolución del contrato de donación, siendo el efecto reipersecutorio una consecuencia de esa resolución, su plazo de prescripción es de diez años (art. 4023 y nota), que comienza a correr recién desde el fallecimiento del causante (arts. 3953 y 3955). Por tanto, la única prescripción adquisitiva oponible a la acción es la producida a partir de la apertura de la sucesión, ya que el término corrido anteriormente no cuenta para nada¹⁶.

Bruxelles-Paris, 1878, t. 12, p. 223, pto. 165; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., t. 5, p. 114, pto. 113; BLOUSSON, ob. cit., ps. 86 y 87, pto. XXXV, ap. 1º; FORNIELES, ob. cit., t. II, p. 112, pto. 110. En la doctrina italiana se considera tácitamente renunciada la acción de reducción por parte del legitimario que haya dado ejecución a las cargas que se le hayan impuesto por el testamento sobre la legítima (MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ejea, Buenos Aires, 1956, t. VII, p. 231, pto. 191, ap. 10).

¹⁴ CCiv. 1ªCap., 9-11-34, J. A. 48-443; con nota aprobatoria de DÍAZ de GUIJARRO, *¿Cuándo se perfecciona la renuncia...?* cit.

¹⁵ MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, trad. de L. Alcalá-Zamora y Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1965, Parte IV, vol. II, p. 322, pto. 930; GRIMALDI, ob. cit., p. 748, pto. 825; FERRER, *La acción...* cit., p. 193, pto. 79, y en FERRER y MEDINA, *Código Civil comentado. Sucesiones* cit., t. II, p. 177, pto. 9.

¹⁶ BLOUSSON, ob. cit., ps. 90 y 97, pto. XXXVI/XLI; MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Científica y Literaria Argentina, Buenos Aires, 1922, t. XI, ps. 33 y 34; SALVAT, *Tratado de Derecho Civil argentino. Derechos reales*, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1927, t. I, p. 511,

Ello es así no solamente cuando se demanda al donatario mismo que conserva los bienes en su poder, sino también cuando los ha trans-

pto. 990; FORNIELES, ob. cit., t. II, ps. 118 y 119, pto. 120; BORDA, *Tratado...* cit., t. II, ps. 146 y 147, pto. 1001; ARGANARÁS, M., *La prescripción extintiva*, Tea, Buenos Aires, 1966, ps. 67 y 68, pto. 69; OVSEJEVICH, ob. cit., p. 42, pto. 49; ZANNONI, *Derecho de las Sucesiones*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1997, t. 2, p. 205, pto. 989; GOYENA COPELLO, *Tratado del Derecho de Sucesión*, La Ley, Buenos Aires, 1975, t. III, ps. 396 y 397; MAFFÍA, *Tratado...* cit., t. II, p. 545, pto. 894; PÉREZ LASALA, *Derecho de Sucesiones*, Depalma, Buenos Aires, 1981, vol. II, p. 877, pto. 697, y en PÉREZ LASALA y MEDINA, *Acciones judiciales...* cit., p. 43, pto. 28; MÉNDEZ COSTA, *Los herederos ante las ventas simuladas de su causante*, en *Estudios Jurídicos-Notariales en homenaje al Dr. Carlos A. Pelosi*, Buenos Aires, 1981, p. 15, ptos. 24 y 26, y en LLAMBÍAS y MÉNDEZ COSTA, *Código Civil anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, t. V-B, p. 479, pto. 11, y correlato con ps. 214 y 215, pto. 5, ap. b); FERRER, *Donaciones en perjuicio de legitimarios*, en *Homenaje a la profesora Dra. María Antonia Leonfanti*, Pontificia Universidad Católica Argentina-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Rosario, 1982, p. 221, pto. IV; FERRER, *La acción...* cit., p. 193, pto. XI, ap. B); *Los acreedores del heredero y la sucesión*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, ps. 139 y 140, pto. 86; *Prescripción y caducidad en el Derecho Sucesorio*, en *Revista de Jurisprudencia Provincial (Buenos Aires. La Pampa. Neuquén. Río Negro)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, junio de 1996, Año 6, N° 6, p. 417, pto. IX, aps. b) y c), y en FERRER y MEDINA, *Código Civil...* cit., t. II, p. 177, pto. 9, ap. b); MEDINA, *Prescripción en el Derecho Sucesorio. Acción de reducción y colación*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 22, *Prescripción libetaroria*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 137, pto. II, aps. 2, 3 y 5.

Es también la opinión que aplican a la acción de complemento los que la consideran autónoma (BELLUSCIO, *La acción de complemento...* cit., p. 672, pto. 16, ap. f); GOYENA COPELLO, *Tratado...* cit., t. III, p. 399, sin perjuicio de advertir que este último piensa que, luego del nuevo texto dado al art. 3715 por la reforma introducida por la ley 17.711, ha perdido su carácter de acción autónoma al ser subsumida por esta norma –ídem, ps. 397/8–).

En contra, se ha interpretado que a falta de texto expreso es aplicable a la acción de reducción el plazo de cuatro años dispuesto por el art. 4028, si bien reconociendo como punto de partida del mismo, la muerte del causante (LLERENA, *Concordancias y comentarios al Código Civil argentino*, 3ª ed., La Facultad, Buenos Aires, 1931, t. IX, ps. 546 y 547, pto. 9, y t. X, p. 434, com. art. 3953). Esta idea ha sido criticada porque importa extender una excepción, cuando existe una disposición general para todas las acciones personales que establece su prescripción decenal (MACHADO, ob. cit., t. IX, p. 397; BLOUSSON, ob. cit., p. 99, pto. XLII).

El Proyecto de la Comisión designada por el decreto 468/92 no consagró un plazo específico de prescripción extintiva, pero redujo la ordinaria a cinco años (art. 3993). En cuanto al Proyecto de 1998, nos detendremos expresamente en el texto.

En cuanto al Derecho Comparado, la legislación italiana considera que la acción

mitido a un tercero, debiendo intentarse la acción contra el donatario y el tercer adquirente, que se hallan indisolublemente ligados y a quienes afectaría por igual una sentencia condenatoria¹⁷.

de reducción prescribe dentro del término ordinario de diez años (art. 2946), el que corre desde la muerte del *de cuius*, no desde la fecha de los actos que consumaron la lesión, puesto que sólo desde dicha oportunidad se ha podido establecer la certeza de que existe lesión y es ejercitable la acción (art. 2935) (MESSINEO, ob. cit., t. VII, p. 231, pto. 191, ap. 10). Para el Derecho francés, la prescripción es de treinta años, contados desde la apertura de la sucesión (PLANIOL y RIPERT, ob. cit., t. 5, ps. 130, 128, ap. 2; RIPERT y BOULANGER, *Tratado de Derecho Civil, según el Tratado de Planiol*, trad. de D. García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1965, t. X, p. 274, pto. 2731; GRIMALDI, ob. cit., p. 747, pto. 825). Discute la doctrina española respecto al plazo de prescripción aplicable al no tener asignado uno específico, y así –partiendo siempre de la apertura de la sucesión– algunos entienden que si se trata de una acción personal caería dentro de los quince años correspondientes a éstas; y si se parte de que una vez entregado el legado la acción tiene carácter rescisorio, el plazo es de cuatro años (VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...* cit., t. I, p. 631, pto. 290, ap. b; Comp. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 541, pto. 388, ap. e; ROCA SASTRE, Anotaciones a KIPP, *Derecho de Sucesiones*, 2ª ed., trad. de B. Pérez González y J. Alguer, Bosch, Barcelona, 1976, t. V, vol. I, p. 111, pto. II, ap. 3). El Código alemán fija que la pretensión de legítima prescribe a los tres años, contados desde el momento en que el titular tiene conocimiento de la muerte del causante y de la disposición que le perjudica. Pero conjuntamente transcurre una prescripción de treinta años a partir de la apertura de la sucesión en la que no se tiene en cuenta si el titular tuvo este conocimiento (art. 2332). Similar es el sistema del Código Civil japonés: la acción de reducción prescribe al año desde que el heredero legítimo tuviera noticia de la apertura de la sucesión y de la posibilidad de exigir la reducción de legados y donaciones. También prescribirá cuando transcurran diez años desde la apertura de la sucesión (art. 1042). El Código paraguayo establece una prescripción de cuatro años para la acción de reducción contra los terceros (art. 661); mientras que la ejercitada contra los coherederos, como es la de colación, se prescribe a los diez años (art. 659, inc. d) (MARTÍNEZ, *Derecho Sucesorio en la legislación paraguaya*, 2ª ed., La Ley Paraguaya, Asunción, 1996, p. 412).

¹⁷ FORNIELES, ob. cit., t. II, ps. 118 y 119, pto. 120; BORDA, *Tratado...* cit., t. II, p. 147, pto. 1001; ZANNONI, *Derecho...* cit., t. 2, p. 205, pto. 989; GOYENA COPELLO, *Tratado...* cit., t. III, ps. 396 y 397; MAFFÍA, *Tratado...* cit., t. II, p. 545, pto. 894; PÉREZ LASALA, *Derecho...* cit., vol. II, p. 877, pto. 697, y en PÉREZ LASALA y MEDINA, *Acciones judiciales...* cit., p. 43, pto. 28; FERRER, *La acción...* cit., p. 193, pto. XI, ap. b), y en *Prescripción y caducidad...* cit., p. 417, pto. IX, ap. c).

En contra, se ha pensado que la acción de reducción prescribe para el donatario a los diez años, pero, frente a los terceros adquirentes, la acción perdura mientras la

También lo es que el nacimiento del plazo de prescripción al momento de la muerte del causante juega, ya sea que el heredero actúe por derecho propio o que la acción sea ejercida por sus acreedores por vía subrogatoria¹⁸.

Entre paréntesis, a esta altura es claro que cuando el texto del artículo 3953 dispone la prescriptibilidad de las acciones “desde la apertura de la sucesión” está haciendo referencia al momento de la muerte del *de cuius* y no a la acepción procesal del término, en el sentido de disponerse judicialmente la apertura del juicio sucesorio¹⁹; por lo demás, si el plazo de prescripción se pusiera en marcha con la promoción del proceso sucesorio, el inicio de aquélla quedaría librado al arbitrio del futuro demandante, con la inestabilidad jurídica con respecto a derechos consolidados que ello supone²⁰. De manera entonces que el curso de la prescripción de la acción de reducción no se interrumpe por el inicio del proceso sucesorio ni tampoco se suspende hasta el momento de su apertura, ya que para probar la calidad de legitimario y la vocación sucesoria no será imperativa la obtención de la declaratoria de herederos, sino que ello resultará del juego de la partida de defunción del causante y de las partidas que demuestren la relación parental o el vínculo matrimonial. No es, pues, necesario iniciar el juicio sucesorio para entablar la acción de reducción; lo que resulta también de la circunstancia de que los legitimarios tienen la posesión hereditaria de pleno derecho, no requiriendo entonces la intervención de los jueces para ejercer ningún tipo de acción (art. 3410)²¹.

cosa no se hubiera adquirido por usucapión (LAFAILLE, ob. cit., t. II, p. 182, pto. 248). Pero esta postura, amén de agravar la situación de los subadquirentes, sin sentido y más aún si la transmisión a ellos hubiera sido a título oneroso y de buena fe, olvida además que la causa de la reivindicación contra el tercer adquirente es la resolución del dominio por causa proveniente de su título (art. 2663). En consecuencia, prescripta la acción que nace de tal resolución (diez años a partir de la apertura de la sucesión), no subsiste una acción reipersecutoria autónoma imprescriptible, ya que la reivindicación es el resultado ulterior de la reducción (conf. BORDA, *Tratado...* cit., t. II, p. 147, nota 1466; GOYENA COPELLO, *Tratado...* cit., t. III, p. 397; ZANNONI, *Derecho...* cit., t. 2, p. 205, nota 75).

¹⁸ MEDINA, *Prescripción en el Derecho Sucesorio...* cit., p. 137, pto. II, ap. 4.

¹⁹ CNCiv., sala G, 7-9-83, J. A. 1984-IV-216; sala F, 15-3-82, J. A. 1983-II-465.

²⁰ CNCiv., sala F, 15-3-82, J. A. 1983-II-465.

²¹ MEDINA, *Prescripción en el Derecho Sucesorio...* cit., p. 137, pto. II, ap. 6;

Esta conclusión no se ve alterada por sostener que para determinar si la donación afecta la legítima se debe lógicamente hacer inventario de los bienes de la sucesión, ya que el plazo de prescripción tampoco se suspende por ello (art. 3978)²².

Cuando la donación se ha ocultado bajo la forma de un acto oneroso, hay que deducir dos acciones: la de simulación y la de reducción. Pero en estos casos, el término bienal de la primera (art. 4030) –acción accesoria– cede a favor del decenal de la segunda (art. 4023) –acción principal–. Se aplica así analógicamente la misma solución adoptada por la doctrina y la jurisprudencia respecto a la acción de simulación cuando es envuelta o se acumula a la acción de colación²³, pues se trata de

CCCom. de San Isidro, sala I, 5-7-2001, J. A. 2001-IV-711, voto de la Dra. Medina, con nota aprobatoria de KANEFSCK, *Acción de reducción y acción de simulación: Prescripción*, en J. A. 2001-IV-714, pto. V. Conf. FERRER, *La declaratoria de herederos como requisito inexcusable en las demandas contra las sucesiones*, en *Cuestiones de Derecho Civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1979, p. 297, pto. IV, últ. párr. *ab initio*; LLOVERAS, *La posesión hereditaria*, en J. A. 1985-I-799, pto. IV, ap. 3 b) y pto. V, ap. i); FASSI, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –Comentado, anotado y concordado–*, Astrea, Buenos Aires, 1973, t. III, p. 272, pto. 2737, quien recuerda que se ha resuelto que cuando los herederos en su calidad de hijos y nietos legítimos del causante tienen la posesión de la herencia de pleno derecho, solamente necesitan comprobar el vínculo para iniciar la acción reivindicatoria de un bien que otros detentaban en vista a una prescripción en expectativa y no puede obligárselos a presentar las declaratorias de herederos (CCiv.2ªCap., 28-9-46, GF. 185-569); CNCiv., sala B, 20-12-77, J. A. 1978-II-501; C1ªApel. de Bahía Blanca, 13-11-70, L. L. 143-578, 26686S.

En contra, se incluye –entre otras– como circunstancia que puede postergar la iniciación del curso de la prescripción, la no obtención oportuna de la declaratoria de herederos, argumentando que el art. 3953 impone que el curso de la prescripción no se abra en ningún caso antes de la apertura de la sucesión, pero no que se inicie simultáneamente con ésta. En última instancia, si se cree que es inaceptable la postergación del comienzo del término, estiman innegable que el interesado siempre tiene derecho a acogerse a la dispensa de la prescripción cumplida prevista en el art. 3980, siempre que haga valer sus derechos en el plazo de tres meses desde que cesaron las dificultades o la imposibilidad de accionar (MÉNDEZ COSTA, *Los herederos ante las ventas* cit., p. 15, pto. 26, ap. d); FERRER, *Prescripción y caducidad...* cit., p. 417, pto. IX, ap. d), últ. párr., y correlato con pto. VIII, ap. f).

²² MEDINA, *Prescripción en el Derecho Sucesorio...* cit., p. 137, pto. II, ap. 6.

²³ FORNIELES, ob. cit., t. I, ps. 374 y 375, pto. 305 bis; MARTÍNEZ RUIZ, *La colación en el Derecho Sucesorio*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1943, p. 196, pto. 273; BORDA, *Tratado...* cit., t. I, p. 485, pto. 687; GOYENA COPELLO, *Tratado...*

situaciones similares y median las mismas razones jurídicas para adoptar idéntica solución: la protección del derecho del heredero legitimario²⁴.

cit., t. III, p. 371; MAFFÍA, *Tratado...* cit., t. II, ps. 215 y 216, pto. 641; MÉNDEZ COSTA, *Los herederos ante las ventas...* cit., p. 15, pto. 26, ap. e), y en LLAMBÍAS y MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...* cit., t. V-B, ps. 216 y 217, pto. 6, ap. c); FERRER, *Los acreedores del heredero...* cit., p. 133, pto. 78; STJ de Santa Fe, 24-12-43, J. A. 1944-I-635, voto del Dr. Ferrer; CCiv.2ªCap., 14-12-32, J. A. XL-534; ídem, 11-6-46, J. A. 1946-III-269; CNCCom., sala A, 7-12-51, J. A. 1952-I-474; CN1ªApel. de Bahía Blanca, 16-6-59, L. L. 99-700; CNApel. de San Juan, 7-10-77, J. A. 1978-III-3; CCCLMin. de Santa Rosa, 31-7-80, J. A. 1980-IV-428.

En contra, subsumiendo el plazo decenal de prescripción de la colación en la prescripción bienal de la simulación (art. 4030): ACUÑA ANZORENA, *Donaciones disfrazadas entre padres e hijos. Naturaleza de la simulación que importan y término de prescripción de la acción*, en J. A. 74-913, pto. III; UGARTE, *Acción de colación: afinidades y diferencias con la reducción. Requisitos, sujetos, funcionamiento y prescripción*, en L. L. 1987-E-620, pto. VIII; MEDINA, *Prescripción en el Derecho Sucesorio...* cit., p. 137, pto. III, ap. 6; CCiv.2ªCap., 2-5-41, J. A. 74-913; CNCiv., sala A, 24-2-75, L. L. 1975-D-228; sala B, E. D. 30-11-72, E. D. 49-260; sala C, 27-7-65, L. L. 121-48.

²⁴ MÉNDEZ COSTA, *Los herederos ante las ventas...* cit., p. 15, pto. 26, aps. f) y g), y en LLAMBÍAS y MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...* cit., t. V-B, p. 479, pto. 11; FERRER, *La acción...* cit., p. 193, pto. XII, ap. B); *Los acreedores del heredero...* cit., ps. 139 y 140, pto. 86; *Prescripción y caducidad...* cit., p. 417, pto. IX, ap. d), y en FERRER y MEDINA, *Código Civil...* cit., t. II, p. 177, pto. 9, ap. b).

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse lúcidamente en este sentido: "...forzoso será convenir que la naturaleza jurídica de la acción promovida por los actores es la de colación, o la de reducción, o ambas a la vez. La determinación de esa naturaleza jurídica tiene fundamental importancia en este caso a los efectos de resolver las defensas perentorias opuestas. En efecto, la simulación, o, mejor dicho, la declaración que en ese sentido piden los demandantes, se hace aquí necesaria como medio para llegar al fin perseguido, esto es, al restablecimiento de un equilibrio económico destruido por el proceder de los causantes, y su existencia o inexistencia pondrá en claro o no el derecho para poder exigir una participación en los bienes aparentemente transferidos por éstos a un coheredero. La circunstancia de que para establecer si la colación está o no justificada, sea necesario apreciar la sinceridad de una o más ventas llevadas a cabo por los causantes, no altera la naturaleza jurídica de la acción deducida, pues en realidad lo único que se persigue es que los bienes transferidos deben incorporarse al sucesorio, del cual los actores tomarán su legítima. Esto es, en líneas generales, reducción o colación según los casos [...] En suma, a mí entender, cuando la simulación actúa únicamente como hecho que se necesita probar, esto es, como medio para hacer viable el propósito fundamental perseguido en la demanda, nada tiene que hacer la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la acción de simulación, tantas veces discutida en la doctrina y en la jurisprudencia y

Sin embargo, dicha opinión no es pacífica, ya que inexplicablemente varios autores y tribunales independizan los plazos de prescripción de ambas acciones, y por lo tanto si se ha producido la prescripción de dos años de la acción de simulación contados desde la muerte del causante, queda cortado el camino para obtener la reducción²⁵.

sí sólo interesa el tiempo fijado por la ley para poder dentro de él, ejercitar el derecho cuyo reconocimiento se pide y que constituye la razón de la demanda. Así, siendo que para la colación o reducción, vale decir, para poder demandar la entrega de valores dados por el causante en perjuicio de alguna legítima, rige la prescripción decenal (art. 4023, Cód. Civ.), cuando para ello, repito, sea necesario demostrar la simulación de uno o más actos jurídicos, llevados a cabo precisamente para ocultar el verdadero propósito de los mismos, resulta absurdo pretender entonces la aplicación de una prescripción más breve, tal la del art. 4030. Ejemplificando con la intención de esclarecer: si un padre dona en vida a uno de sus hijos un cierto bien y así lo hace constar en la escritura, el derecho de los otros para exigirle que reúna a la masa hereditaria los valores dados, prescribe, según se ha dicho, a los diez años. Si en lugar de donación figura una venta con reserva de usufructo, etc., el derecho que acuerda el art. 3604 a los herederos perjudicados no fenece a los dos años. Ahora bien, si ese padre, en cambio, vende simuladamente a un tercero y éste al heredero con el fin de encubrir la donación, y con ello evitar la colación, o si se quiere, la reducción a que lleva el art. 3604 citado, me parece un contrasentido que esa circunstancia tenga el efecto de provocar una alteración fundamental en el término que los herederos tienen para el ejercicio de los mismos derechos. Si así fuera, se habría premiado con una prescripción más breve la simulación o la mayor habilidad para eludir la ley. Si se tratara, siguiendo los ejemplos, de una venta simulada sin reserva de usufructo, etc., es decir, no susceptible de colación o de reducción, según las autorizadas opiniones que llevan a la interpretación restrictiva del art. 3604, si el heredero perjudicado deja transcurrir dos años, contados desde la muerte del causante, sin promover la acción pertinente, se habría, según la tesis que no acepto, prescripto su derecho de obtener el correspondiente aporte a la masa de la sucesión, sencillamente porque estaría impedido de probar que esa venta encubría una donación, no obstante que la ley acuerda un término mayor para poder ejercitar aquel derecho” (CApel. de Rosario, 3-5-38, L. L. 10-685, voto del Dr. Capdet. Conf. C1^oCCom. de Bahía Blanca, sala I, 21-10-93, J. A. 1995-I-656).

²⁵ FORNIELES, ob. cit., t. II, ps. 119 y 120, pto. 120 bis; BORDA, *Tratado...* cit., t. II, p. 147, pto. 1001; OVSEJEVICH, ob. cit., p. 42, pto. 49; MAFFÍA, *Tratado...* cit., t. II, p. 545, pto. 894; PÉREZ LASALA, *Derecho...* cit., vol. II, p. 877, pto. 697, y en PÉREZ LASALA y MEDINA, *Acciones judiciales...* cit., p. 43, pto. 28; MEDINA, *Prescripción en el Derecho Sucesorio...* cit., p. 137, pto. II, ap. 7; UGARTE, *Acción de colación: afinidades y diferencias con la reducción...* cit., p. 620, pto. VIII; KANEFSCCK, *Acción de reducción y...* cit., p. 714, pto. III; CCiv.1^oCap., 9-4-45, J. A. 1945-II-829; CCCom. de San Isidro, sala I, 5-7-2001, L. L. 2001-IV-711, voto de la Dra. Medina.

De cualquier manera, la prescripción también comienza a correr en estos supuestos a partir de la apertura de la sucesión²⁶, a menos que pudiera acreditarse fehacientemente por el interesado un conocimiento posterior²⁷.

Convendrá señalar que si la simulación para efectuar la donación ha sido realizada mediante una persona interpuesta a quien el causante primeramente transmite bienes bajo la apariencia de un acto oneroso, para que éste luego los transfiera a uno de sus hijos en perjuicio de los demás, el cómputo del plazo de prescripción desde la apertura de la sucesión tendrá lugar cuando dichos actos se han perfeccionado antes de la muerte del causante. Pero si el traspaso de los bienes del tercero al legitimario se produce después del deceso, el plazo de prescripción recién comenzará a correr desde que se operó la última transferencia, que es la que perfecciona la maniobra simulatoria²⁸.

²⁶ SCJ de Buenos Aires, 22-4-80, J. A. 1981-I-271; CNCiv., sala G, 25-9-80, E. D. 91-308; CCCom. de Rosario, sala IV, 15-9-93, Z. 64, p. J-77; sala III, 16-3-98, Z. 77, p. J-234; FERRER, *La acción...* cit., p. 193, pto. 79, ap. B, *in fine*, y en *Prescripción y caducidad...* cit., p. 417, pto. IX, ap. d).

²⁷ Así, se ha escrito que si la simulación ha sido efectuada en perjuicio del heredero, de modo tal que éste actúa en ejercicio y defensa de sus derechos, como un tercero ajeno al acto atacado, es de aplicación lo dispuesto por el art. 3953 del Cód. Civ., de donde la prescripción comenzará a correr desde la apertura de la sucesión, pues se supone que desde ese momento se conoce la simulación, y, más aún, puede darse el caso de que comience después, si la sola apertura de la sucesión no fuese suficiente para dar al heredero el conocimiento cabal del vicio invalidante (RIVERA, *Acción de simulación*, en E. D. 60-895, pto. 11; CIFUENTES, *Negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 544, pto. 280; KANEFSCCK, ob. cit., p. 714, pto. IV; CNCiv., sala B, 13-3-64, J. A. 1964-V-148; sala F, 15-3-82, J. A. 1983-II-465; sala C, 29-12-78, L. L. 1979-B-62). La acreditación del conocimiento debe ser efectivo, pleno y cabal, no bastando la mera sospecha ni la prueba testimonial (CNCiv., sala F, 10-8-61, L. L. 104-652; sala E, 29-4-81, L. L. 1981-C-492; sala A, 24-2-75, L. L. 1975-D-228); tampoco se admite como suficiente conocimiento la inscripción del acto en el Registro de la Propiedad (CNCiv., sala F, 10-8-61, L. L. 104-652; ídem, 25-11-65, J. A. 1966-II-227; CIFUENTES, ob. cit., p. 544, pto. 280; RIVERA, ob. cit., p. 895, pto. 17).

²⁸ CCiv.2ªCap., 11-7-46, J. A. 1946-III-269; GUASTAVINO, *Colación de donaciones disimuladas*, en J. A. 1961-III-46, pto. II, ap. c), y *Colación de deudas*, Ediar, Buenos Aires, 1964, ps. 396 y 397, pto. 8; MAFFÍA, *Tratado...* cit., t. II, p. 216, pto. 641; FERRER, *Prescripción y caducidad...* cit., pto. IX, ap. d), *in fine*, y correlato con pto. VIII, ap. e).

Debe advertirse que la acción de reducción conferida a los herederos contra la partición realizada por los ascendientes, por donación o por testamento, prescribe por el transcurso de cuatro años (arts. 3514, 3537 y 4028), a contar también desde la muerte del causante (art. 3953)²⁹.

²⁹ SEGOVIA, *El Código Civil de la República Argentina, con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Pablo E. Coñi, Buenos Aires, 1881, t. II, p. 742, nota 22; MACHADO, ob. cit., t. XI, p. 302; SPOTA, *Tratado de Derecho Civil. Parte General. Prescripción y Caducidad*, Depalma, Buenos Aires, 1959, t. I, vol. 3.8 (10), p. 532, pto. 2241 –o, según agregan estos autores, desde que se descubrió el testamento partitivo–; BORDA, *Tratado...* cit., t. I, p. 520, pto. 753; ARGANARÁS, ob. cit., p. 196, pto. 234; MAFFÍA, *Tratado...* cit., t. II, p. 263, pto. 681; GUASTAVINO, *Pactos sobre herencias futuras*, Ediar, Buenos Aires, 1968, p. 358, pto. 318; PIÑÓN, *Partición por donación del ascendiente a sus descendientes*, en *Sucesiones* (Libro homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, p. 129, pto. 13, quienes añaden que en el supuesto de la partición-donación conjunta los plazos deben contarse desde la muerte del cónyuge sobreviviente (DE GÁSPERI, *Tratado de Derecho Hereditario*, Tea, Buenos Aires, 1953, t. II, p. 459, pto. 312. En este mismo sentido se pronuncia el Derecho francés; si bien debe aclararse que en la partición por ascendiente, sea por donación o por testamento, el término treintañal de prescripción de la acción de reducción se reduce a cinco años contados desde el deceso del disponente –GRIMALDI, ob. cit., p. 747, pto. 825–).

En contra, si bien reconociendo que el arranque de la prescripción en la partición por testamento es la muerte del disponente (arg. art. 3531), se ha opinado que en la partición-donación por ascendiente el término de aquélla comienza a correr desde que se hace la división, basándose en que, según el art. 3535, los herederos pueden ejercer, aun antes de la muerte del ascendiente, todos los derechos que el acto les confería a los unos respecto a los otros, y como el art. 3537 le acuerda un derecho al heredero perjudicado respecto al beneficiado, el ejercicio de este derecho sigue la regla establecida por dicho precepto. Cuando se ha querido establecer una excepción a ella, se lo ha dicho expresamente declarando que la acción de rescisión sólo puede intentarse después de la muerte del ascendiente (art. 3536) (LLERENA, ob. cit., t. X, p. 535, com. art. 4028, y correlato con t. IX, ps. 446 y 447, pto. 1). Este criterio olvida que sólo al fallecimiento del causante se sabrá si ha dispuesto de una mayor porción de la que correspondía (MACHADO, ob. cit., t. XI, p. 302); con el agregado que, incluso, la omisión de un descendiente o su negativa a aceptar la partición-donación no determina su nulidad cuando a la muerte del ascendiente hubiese en su patrimonio bienes suficientes para cubrir la parte del omitido o del oponente, y que la admisión de las acciones de rescisión y reducción hace necesario determinar concretamente el monto de la legítima del actor, a cuyo fin deben considerarse no solamente los bienes entregados en la partición del ascendiente, sino los que éste dejó en su patrimonio al fallecer (GUASTAVINO, *Pactos...* cit., ps. 327-330, pto. 274, ps. 316-318, pto. 263, y p. 354, pto. 313).

Se ha explicado que los motivos para acortar el término decenal de prescripción de la acción de reducción responden al respeto que se debe a los actos de un padre que dispone de lo suyo, en obsequio a la armonía entre hermanos y a la paz del hogar, y a las dificultades que después de muchos años habría para apreciar si hubiese existido realmente un exceso³⁰; con el agregado de que la partición hecha por los padres es conocida por todos los herederos, de manera que el plazo debe ser el menor posible, mientras las donaciones hechas por el testador no lo son y entonces la reducción debe prescribirse por el plazo ordinario de toda acción personal, que es de diez años (art. 4023 y nota)³¹. Sin embargo, la solución ha sido calificada de incoherente porque no se ven motivos para fijar este plazo distinto³², y, si bien reconociendo que las razones dadas para justificar la prescripción breve del artículo 4028 pueden responder a cierto fundamento, se ha estimado que no parecen suficientes. Los mismos motivos existen cuando se trata de donaciones a herederos forzosos fuera de la partición anticipada y sin embargo ellas se sujetan al régimen de la colación, acción que prescribe a los diez años. Tampoco es fundamento el deseo de acordar la mayor estabilidad posible al acto partitivo, ya que ello no se conciliaría con la existencia de una acción de rescisión, que se estima ejercitable en el mismo supuesto, sin término de prescripción especial y, por tanto, prescriptible a los diez años (art. 4023)³³.

Por último, es de subrayar que el Proyecto de Código Civil de 1998 establece una prescripción de dos años para la acción de colación y la acción de reducción, a contar desde la muerte del causante (art.

³⁰ SEGOVIA, ob. cit., t. II, p. 742, nota 22; ARGANARÁS, ob. cit., ps. 195 y 196, pto. 234; GUASTAVINO, *Pactos...* cit., ps. 357 y 358, pto. 318. Conf. FORNIELES, ob. cit., t. II, p. 120, pto. 121; GOYENA COPELLO, *Tratado...* cit., t. III, p. 524; PÉREZ LASALA, en PÉREZ LASALA y MEDINA, *Acciones judiciales...* cit., p. 43, pto. 28; PIÑÓN, ob. cit., p. 129, pto. 13; FERRER, *Los acreedores del heredero...* cit., p. 141, pto. 88; SPOTA, *Tratado...* cit., t. I, vol. 3.8 (10), ps. 532 y 533, pto. 2241.

³¹ MACHADO, ob. cit., t. V, p. 96, y t. XI, ps. 301-303.

³² BORDA, *Tratado...* cit., t. II, p. 147, pto. 1001; OVSEJEVICH, ob. cit., p. 42, pto. 49, *in fine*; MAFFÍA, *Tratado...* cit., t. II, p. 546, pto. 894, y ps. 262-263, pto. 681; BLOUSSON, ob. cit., 99, pto. XLII; LAJE, *La protección de la legítima*, Tesis, Buenos Aires, 1949, ps. 461 y 463, pto. 819/21.

³³ LAJE, *La protección...* cit., ps. 462 y 463, pto. 821.

2502, inc. f); término que también aplica para la acción de simulación ejercida por terceros (art. 2502, inc. a, ap. III). Sin embargo, arrasando con este lógico y pacífico punto de arranque y con la imposibilidad de computar el plazo corrido antes del deceso del causante a los fines de la adquisición del objeto donado por prescripción adquisitiva, y bajo el justificativo "...de evitar que la perduración indefinida de algunas acciones de ineficacia conspire contra la seguridad jurídica, tanto estática como dinámica, al impedir la definitiva perfección de las titularidades"³⁴, se ha incluido bajo el Capítulo de *Caducidad de acciones* una norma altamente criticable al preceptuar que "Transcurridos veinte (20) años desde la realización del acto no se admite ninguna acción de ineficacia, aunque tenga efectos reipersecutorios. Este plazo no se suspende ni se interrumpe" (art. 2513). De manera entonces que la acción de reducción puede quedar extinguida durante la vida del donante, es decir antes de la apertura de la sucesión y por ende de su nacimiento³⁵.

Con respecto a la partición por donación, le otorga al descendiente omitido o nacido después de su realización y al que ha recibido un lote de valor inferior a su porción legítima, la posibilidad de pedir un reajuste mediante la acción de complemento si a la apertura de la sucesión no existen otros bienes del causante suficientes para cubrirla. Dicha acción sólo puede ser entablada después de la muerte del causante, o de ambos cónyuges en caso de partición conjunta (art. 2368). Con relación a la partición por testamento, posibilita el ejercicio de la acción de reducción que pueda corresponder (art. 2371).

Si bien en este aspecto, como se ha explicado, con la acción de complemento se propone suprimir la acción de nulidad de la partición por preterición (arts. 3528 y 3529 actuales), como asimismo otro tanto se ha hecho con la acción de rescisión (art. 3536 vigente)³⁶; lo expuesto,

³⁴ Apart. 324 de los Fundamentos del Proyecto.

³⁵ Es que precisamente, entre otras diferencias, la caducidad extingue el derecho mismo, mientras que la prescripción sólo afecta a la acción judicial correspondiente, pero dejando subsistente el derecho como obligación natural (LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 10ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1984, t. II, ps. 700 y 701, pto. 2149; BORDA, *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones*, 8ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1998, t. II, ps. 96 y 97, pto. 1161; ARGANARÁS, ob. cit., ps. 316-319, pto. 374).

³⁶ Apart. 311 de los Fundamentos del Proyecto.

respecto a la plausible solución adoptada en materia de prescripción, vuelve a contrastar con la indebida caducidad adoptada en las que llama acciones de ineficacia, aunque tengan efectos reipersecutorios, extremos ambos aplicables a la partición por ascendiente cuando mediante ella se afecte la legítima.

III. Conclusión

De lo expuesto, podemos extraer como conclusiones que estimamos relevantes las siguientes:

- 1^a En principio, la entrega del legado importa la renuncia tácita a la acción de reducción.
- 2^a Cuando para ejercitar la acción de reducción, es necesario previamente demostrar la simulación del aparente acto oneroso que encubre la liberalidad, la prescripción bienal de la acción de simulación queda subsumida por la prescripción decenal de la acción de reducción, ya que aquélla es un medio para llegar a ésta, que es el fin.
- 3^a Resulta altamente criticable, al menos respecto a su aplicación en la materia que nos ocupa, la caducidad de acciones ideadas por el Proyecto de Código Civil de 1998 (art. 2513).

EL “DIÁLOGO” DE LAS FUENTES EN EL DERECHO CIVIL. UN CASO: LA COSTUMBRE FRENTE A LA LEY EN EL RÉGIMEN DE LAS LOCACIONES URBANAS*

por NOEMÍ LIDIA NICOLAU**

*Al Doctor LUIS ANDORNO,
que ejercitaba la paciencia,
esparciendo paz y ciencia*

SUMARIO: 1. Acerca del “diálogo” de las fuentes. 2. El nuevo pensamiento como respuesta válida y realista. 3. La coexistencia del sistema legal y un subsistema de Derecho consuetudinario *contra legem*. 4. Un caso: el subsistema consuetudinario *contra legem* en materia de locaciones urbanas. 5. Conclusiones.

1. Acerca del “diálogo” de las fuentes

En este trabajo, reflexionamos una vez más acerca del pensamiento contemporáneo que busca establecer un “diálogo” entre las fuentes del Derecho con miras a ofrecer una explicación más vasta, realista y

* En base a la comunicación presentada en el Seminario de la Cátedra de Derecho Civil III, realizado el 17 noviembre de 2006, organizado en el marco del Proyecto de Investigación “Puntos de conflicto del Derecho Civil patrimonial interno derivados del contacto con otros modelos jurídicos. Posibilidad de armonización o apertura al plurijuridismo”, radicado en el Consejo de Investigaciones y en la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Rosario.

** Investigadora del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario. Profesora Titular Ordinaria de Derecho Civil III, Facultad de Derecho.

flexible del mundo jurídico¹. Incluimos en esta corriente la teoría de los contactos de respuestas jurídicas², el plurijuridismo³, el pluralismo jurídico⁴ y el denominado “diálogo de las fuentes”⁵, y tratamos de dilucidar si estas teorías constituyen un puro *nihilismo* jurídico, una mera reacción frente al *minimalismo* jurídico impuesto por el positivismo o si son respuestas válidas a la complejidad del mundo.

Tempranamente Ciuro Caldani desarrolló la teoría de las respuestas jurídicas y, en especial, de los contactos de respuestas, considerando que es posible aplicar al Derecho interno los desarrollos de la teoría del Derecho Internacional Privado. Advirtió que las respuestas jurídicas son denominadas, frecuentemente, fenómenos jurídicos relativos a un problema o a un grupo de problemas, y que se trata de adjudicaciones y valoraciones que, en ocasiones, entran en contacto. Señaló como se relacionan por fenómenos de coexistencia, que pueden estar enmarcados en la dominación, integración, desintegración o aislamiento relativo.

En este último tiempo, algunos aspectos de esta problemática se explican bajo la denominación de plurijuridismo, género que comprende de dos especies: la polisistemia simultánea y el pluralismo jurídico. Se considera “*polisistemia simultánea*” al fenómeno de encuentro de pluralidad de sistemas jurídicos en un mismo lugar y en un mismo

¹ Volvemos sobre el tema porque estamos tratando de “profundizar la investigación de cada una de las manifestaciones de ese fenómeno que se han enunciado precedentemente, a fin de fundar nuestras hipótesis de partida”, para completar el estudio, tal como lo decíamos en nuestro trabajo, *Las fuentes de las normas y la conflictividad del “plurijuridismo” desde la perspectiva del Derecho Civil actual*, Libro en Homenaje al Dr. Benjamín Piñón, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Litoral, 2004.

² Este enfoque p. v. en CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1976.

³ P. v. Congreso sobre Plurijuridismo organizado por la Asociación Internacional de Metodología Jurídica, realizado en Aix-en-Provence, del 4 al 6 de septiembre de 2003.

⁴ Acerca del pluralismo jurídico p. v. FARALLI, María Carla, *Vicende del pluralismo giuridico. Tra Teoría del Diritto. Antropología y Sociología*, en *Sociología del Diritto*, XXVI-1999-3, p. 89.

⁵ Con esta expresión trata el tema JAYME, Erik, *Identité culturelle et intégratio: le Droit International Privé postmoderne*, en *Recueil des Tours*, 1995, t. 251, p. 259.

tiempo. El “*pluralismo jurídico*”⁶ supone la existencia simultánea de sistemas jurídicos diferentes, en el seno de un mismo orden jurídico, que se aplican a situaciones idénticas, o la coexistencia de una pluralidad de órdenes jurídicos distintos, que establecen, o no, entre ellos relaciones de Derecho.

Erik Jayme trabaja también estas cuestiones desde el Derecho Internacional Privado y afirma que es posible adoptar dos posturas, la que se inclina por la unidad del sistema y otra que admite la fragmentación, “el *dépeçage*” de la situación jurídica, que necesita la eventual aplicación simultánea de leyes diferentes⁷. Este autor acuña la expresión “diálogo de las fuentes”, reconociendo que la solución a los conflictos de normas emerge como el resultado de un diálogo entre fuentes heterogéneas (derechos del hombre, constituciones, tratados, derechos internos) que no se excluyen mutuamente. La labor del juez es coordinar estas fuentes, *escuchando* lo que dicen en su *diálogo*.

Se trata, por tanto, de reflexionar acerca de los métodos que deben emplearse para articular los sistemas y órdenes que se reconocen como fuentes de derecho con similar jerarquía. Dicho de otra manera, la tarea consiste en investigar los procedimientos que permiten ordenar y organizar una pluralidad de sistemas, en un mismo orden jurídico o una pluralidad de órdenes jurídicos.

En este contexto, entendemos que sistema es un conjunto ordenado de elementos, organizado según vínculos de interdependencia, que expresan una unidad de cohesión interna⁸, es autosuficiente, y coherente, por ejemplo, la codificación. El orden normativo, en cambio, es una mera descripción del orden de las adjudicaciones carente de sistematicidad, por ejemplo, la mera recopilación de normas⁹.

⁶ FARALLI, ob. cit., p. 90. Esta autora cita el pensamiento de Kantorowicz, Gény, Duguit, Gierke, Gurvitch, Hauriou, Santi Romano, entre otros, como antecedentes del pluralismo actual.

⁷ JAYME, ob. cit., p. 136.

⁸ GARRIDO GÓMEZ, María Isabel, *La utilidad del iuscomparatismo en la armonización de los sistemas jurídicos*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, N° 108, 2003, p. 913.

⁹ GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1980, ps. 334 y ss.

Nuestra hipótesis de trabajo es que el pensamiento contemporáneo elaborado por las teorías enunciadas constituye un instrumento útil que permite observar la realidad multiforme del derecho¹⁰. Creemos que es una respuesta válida y realista a la complejidad del mundo jurídico y que permite describir lo que ocurre en la realidad, más allá de las teorías reduccionistas. Lo abordamos, por ahora, preferentemente como instrumento descriptivo y metodológico, y no tanto desde su dimensión filosófico-política.

2. El nuevo pensamiento como respuesta válida y realista

El fenómeno que venimos describiendo no es puro nihilismo, ni tampoco una mera respuesta al positivismo, razón por la cual debe prestársele especial atención, más allá de la denominación que se le atribuya y de las cuestiones terminológicas. Al respecto, nos inclinamos por las fórmulas teoría de contactos de respuestas jurídicas o diálogo de las fuentes, en lugar de plurijuridismo o pluralismo, cuyos *ismos* han sido objetados¹¹.

En este marco, entendemos que el nuevo pensamiento es una respuesta válida, porque reconoce una jerarquía flexible respecto a la pluralidad de autores de las normas, es decir, respecto a una pluralidad de fuentes. Esta cuestión, que siempre debió ser tenida en cuenta, resulta actualmente imprescindible porque está en crisis la construcción tradicional de la pirámide jurídica y porque se ha puesto al descubierto la ficción de “la jerarquización, que permitía al ordenamiento tener, en principio, siempre una sola norma para cada caso”¹².

Asimismo permite un diálogo fecundo de las fuentes de las normas, una relación de armonía, no de exclusión, y contribuye a resolver de una mejor manera los conflictos de las fuentes en el derecho interno, que tradicionalmente condujeron a soluciones de clausura y

¹⁰ Tal lo que se predica del pluralismo jurídico, v. MOTTA, Riccardo, *Approccio classico e approccio critico al pluralismo giuridico*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, anno XXXIV, N° 2, dicembre 2004, p. 356.

¹¹ Ídem, p. 348.

¹² CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1997, p. 32.

exclusión, a la primacía de un sistema sobre el otro o de apropiación de uno respecto del otro.

Creemos que es un pensamiento válido y realista porque resulta más fecundo propiciar soluciones de complementación, cohabitación, de verdadero y eficaz "diálogo de las fuentes", dado que el Estado ha perdido protagonismo como elemento vertebrador del sistema jurídico, al no ser actualmente el actor único en el escenario de una producción legislativa centralizada¹³, debido a que la rigidez del derecho estatal y del contrato, que es derecho organizado, fijado de antemano, precipita su ruina al provocar agudos conflictos con el derecho social espontáneo y flexible engendrado por la sociedad económica¹⁴.

Existen hoy enormes desafíos a los que el derecho debe responder. Por ejemplo, la circulación internacional de modelos contractuales impuestos, convertidos rápidamente en derecho consuetudinario y fuente de derecho interno, enfrenta con éxito a la ley nacional e inclusive a las normas internacionales, haciéndoles perder prestigio¹⁵. La costumbre ha adquirido un reconocimiento que nunca tuvo.

No desconocemos que existe en algunos sectores rechazo a la idea del pluralismo, que no se reconocen los fenómenos de juridicidad no estatal, debido a que se identifica, quizás, Estado, pueblo y derecho, que no se admite más que el derecho del Estado, generado por el pueblo por los cauces formales constitucionales¹⁶.

También desde la Sociología se formulan algunas críticas al pluralismo jurídico, fundadas en que se amplía inadecuadamente el campo jurídico cuando se reconocen con valor jurígeno normas que no son de fuente estatal. Se imputa a este pensamiento confundir todo como derecho, no advertir la diferencia entre la norma jurídica y otras prác-

¹³ ALFONSO DE JULIOS-CAMPUZANO, *Globalización, pluralismo jurídico y ciencia del Derecho*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, serie V, anno LXXXII, 2005, p. 51.

¹⁴ GURVITCH, Georges, *Sociología del Derecho*, trad. de Ángela Romera Vera, edit. Rosario, Rosario, 1945, p. 308.

¹⁵ BIN, Marino, *La circolazione internazionale dei modelli contrattuali*, en *Contratto e impresa*, 1993, t. 2, p. 475.

¹⁶ ROULAND, Norbert, *La tradition juridique française et la diversité culturelle*, en *Droit et Société*, 27-1994, p. 395.

ticas sociales¹⁷. No compartimos estas críticas porque tienen un punto de partida erróneo, en tanto tienen una concepción unidimensional, positivista del mundo jurídico. Creemos que el Derecho es, en su totalidad, un conjunto de orden de repartos (adjudicaciones), ordenamiento normativo y justicia¹⁸, es decir que reconoce una dimensión sociológica, otra normológica y una tercera, axiológica. En esta concepción la norma jurídica es la captación lógica de una adjudicación humana¹⁹, que puede ser realizada por los órganos del Estado, toda vez que dictan leyes, decretos, sentencias, como por los particulares, cuando se adjudican beneficios y cargas mediante diversos negocios jurídicos o bien por las prácticas sociales que se consolidan como costumbre.

A fin de justificar nuestra hipótesis, probando la eficacia de este pensamiento en la descripción de la realidad y en la solución de los conflictos de fuentes, tomamos el caso del derecho civil argentino, en el que existen pruebas evidentes de que está transitando, de manera paulatina, desde un sistema centralizado en la ley, generalmente codificado, al plurijuridismo, en algunas de sus diferentes manifestaciones.

En nuestra opinión, el derecho civil evidencia actualmente dos modos diferentes de “pluralismo jurídico”, enfrenta la coexistencia de una pluralidad de órdenes jurídicos distintos: por un lado, admite la coexistencia de subsistemas legales que infringen las relaciones de derecho establecidas en el ordenamiento constitucional y, por otro, permite la vigencia de subsistemas de derecho consuetudinario *contra legem* junto al sistema legal.

Esto ocurre cuando se da paso a la formación de un orden jurídico paralelo al orden legal, porque no se sancionan o, aún más, se ignoran decididamente las violaciones al orden jerárquico de las fuentes del derecho. Por ejemplo, cuando se admite sin cuestionamientos la aplicación de numerosas normas administrativas que resuelven cuestiones de derecho sustancial, civil o comercial, o reglamentan leyes excediéndose de las facultades reglamentarias, siendo, por tanto, técnica-

¹⁷ ROBERTS, Simon, *Contro il pluralismo giuridico. Alcune riflessioni sull'attuale ampliamento del campo giuridico*, en *Sociologia del Diritto*, N° 3, 1999, p. 227.

¹⁸ GOLDSCHMIDT, ob. cit., p. 17.

¹⁹ Ídem, p. 195.

mente inconstitucionales, en razón de que el poder administrador no puede arrogarse facultades legislativas²⁰. El mismo problema se plantea cuando las legislaturas provinciales dictan leyes relativas al derecho civil o comercial que luego se aplican sin que se impugne su constitucionalidad.

Asimismo se va gestando un pluralismo jurídico cuando se permite la formación de un subsistema de derecho consuetudinario *contra legem*, paralelo al sistema legal. Esto acontece cuando se ignora la jerarquía constitucional de las normas frente a una costumbre *contra legem*, y la cuestión no se discute, o bien, cuando el conflicto se resuelve, reconociendo validez a la costumbre, pero con fundamentos no constitucionales, tema que analizamos en el párrafo siguiente.

El plurijuridismo podría también consolidarse en nuestro país, en un futuro cercano, en su versión de “*polisistemia simultánea*”, como fenómeno de encuentro de pluralidad de sistemas jurídicos, en un mismo lugar y en un mismo tiempo, si se reconociera formalmente la vigencia del derecho indígena junto al derecho nacional, reconocimiento que en la actualidad opera de hecho en la vida cotidiana de varios pueblos indígenas.

En esta oportunidad abordaremos sólo la coexistencia de un sistema legal y un subsistema consuetudinario *contra legem*, en algunas de sus manifestaciones concretas en el derecho privado patrimonial.

3. La coexistencia del sistema legal y un subsistema de derecho consuetudinario *contra legem*

Como es sabido, el artículo 17 del Código Civil regula la costumbre, y su redacción ha dado origen a una vehemente discusión acerca del lugar que ella tiene como fuente del derecho. Los códigos decimonónicos la han admitido habitualmente como fuente, en la medida en que sean costumbres *secundum legem*, aunque en la realidad actual operan también y de modo fundamental como derogatorias de la ley. Inclusive, es muy difícil establecer la jerarquía de las fuentes cuando

²⁰ Por ejemplo, el decreto reglamentario de la Ley de Defensa de los Consumidores 24.240.

se trata de la costumbre, dado que en la tradicional pirámide jurídica, ésta no tiene un lugar preciso²¹.

Se ha dicho, con acierto, que la regulación de la costumbre en nuestro Código Civil está muy lejos de la realidad actual, porque “Los usos y las costumbres cuentan, gravitan sobre el ánimo de los jueces y los abogados y los profesores de Derecho y son materia de experiencia regular y constante. Creer que los usos y las costumbres son ajenos al Derecho salvo cuando el legislador lo quiere, contraría la experiencia cotidiana de los miembros de la comunidad. Las costumbres inciden sobre la voluntad de todos los miembros del cuerpo social, incluidos los jueces y los abogados, de una manera regular y constante”²².

Quienes limitan el valor de la norma consuetudinaria se apoyan en el artículo 17, pero esto no es suficiente, porque contraría el concepto mismo de costumbre, dado que cuando ésta alcanza el reconocimiento de la sociedad y de los órganos primarios debe ser considerada fuente de derecho, de modo que la norma legal sería derogada por la costumbre que ella no reconoce²³.

En la doctrina se advierte una notable resistencia a considerar la costumbre, se tiende, como decimos, a minimizar su valor y remitirla siempre a la ley²⁴. Todo ello se deriva de un apego formal excesivo al concepto de fuente del derecho, como expresión de la soberanía estatal, aunque en la práctica cotidiana se procede de modo muy diferente. La realidad social impone, incluso por la globalización económica, nuevas formas de juridicidad en las que se destacan como verdadera fuente de normatividad las costumbres (piénsese, por ejemplo, en la importancia de la llamada *Lex mercatoria*) y el contrato²⁵.

En efecto, esta cuestión tiene su eje concreto en la relación entre fuente del derecho y autonomía privada. Las costumbres, que en la

²¹ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª ed. ampl. y rev., Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 155.

²² CUETO RÚA, Julio C., *La actitud de los jueces frente a las costumbres y las normas consuetudinarias*, en J. A. 80º Aniversario 1998-156.

²³ NINO, ob. cit., p. 152.

²⁴ GITTI, Gregorio, *Le clause d'uso come fonti del Diritto*, en R. T. Civile 2003-2-115.

²⁵ ALFONSO DE JULIOS-CAMPUZANO, ob. cit., p. 59.

actualidad suelen conformarse de manera vertiginosa como una derivación de la autonomía de los particulares, se traducen en una importante fuente alternativa²⁶.

Hace algún tiempo se publicó una nómina muy interesante de normas consuetudinarias *contra legem* que, no obstante el texto expreso del artículo 17 del Código Civil, están plenamente vigentes en el derecho argentino en coexistencia con normas legales que disponen lo contrario. Allí se menciona, por ejemplo, el caso de la apertura y diligenciamiento de concursos preventivos y quiebras de sociedades conyugales, tramitados como quiebra de dos personas al mismo tiempo, so pretexto de la existencia de sociedad conyugal. Se sostiene que es una costumbre violatoria del régimen imperativo de bienes en el matrimonio; del principio de unidad del patrimonio, que obsta al concurso de dos personas, con confusión patrimonial y del orden general del derecho y de los concursos en particular, sin embargo, se aplica y hasta se verifican los créditos existentes contra un cónyuge como exigibles solidariamente a ambos²⁷.

Asimismo se destaca que, por fuerza de la costumbre, se admite el derecho a percibir remuneración por parte del corredor no matriculado, haciendo caso omiso de la sanción vigente en el artículo 89, última parte del Código de Comercio, inclusive con apoyo en jurisprudencia plenaria. Se incluye también la costumbre ampliamente admitida de considerar oneroso al mutuo comercial, condenando al pago de intereses, aun cuando no se hubieran pactado, siendo que, como es sabido, se trata del único contrato comercial gratuito.

En la extensa nómina de casos se encuentra también la costumbre generalizada de no matricularse como comerciante, obviando la exigencia legal, sin que los tribunales sancionen la omisión, tanto en el caso de los comerciantes, en general, como en el de los corredores. En relación con este tema se menciona la costumbre de conceder la apertura del concurso a comerciantes no matriculados, a pesar de lo previsto en el artículo 26 del Código de Comercio.

²⁶ GITTI, ob. cit., p. 124.

²⁷ RICHARD, Efraín H. y ROMERO, José I., *Los usos y costumbres en perspectiva actual*, en R. D. C. O. 1997-547.

Otro ejemplo claro de costumbre *contra legem* aparece en relación con el juicio arbitral. Sucede que el ya vetusto Código de Comercio establece en numerosas disposiciones que las partes deben recurrir al procedimiento arbitral en caso de conflicto, a pesar de lo cual, de hecho y en virtud de una costumbre plenamente aceptada, las partes litigan mediante los procedimientos ordinarios, sin que se planteen cuestionamientos por la violación del precepto legal. La misma costumbre existe en relación con el artículo 1627 del Código Civil que prevé el sometimiento a arbitraje para la fijación del precio en la locación de servicios, no obstante lo cual, casi a partir de la sanción del Código, se recurrió a la justicia ordinaria haciendo caso omiso de la norma legal.

Quizás, la norma consuetudinaria *contra legem* más significativa y de mayores alcances sea aquella que habilita a incluir el apercibimiento de escrituración por el tribunal en las sentencias que se dictan en los juicios por cumplimiento de contrato, derivados de boletos privados de compraventa inmobiliaria. Ese apercibimiento es contrario a lo dispuesto por el artículo 1187 del Código Civil, en el que nuestro Codificador previó expresamente una consecuencia jurídica bien diferente: la resolución del contrato cuando el condenado a escriturar no cumple. Nadie duda de que la solución consuetudinaria es la más acertada técnicamente y la más justa, pero hay que reconocer su contradicción con la fuente legal, que ni siquiera se supera con la inclusión de la facultad judicial de escriturar en los Códigos Procesales, puesto que se trata de una norma sustancial que no puede ser dictada por legislaturas provinciales.

4. Un caso: el subsistema consuetudinario *contra legem* en materia de locaciones urbanas

El análisis de las costumbres *contra legem* que rigen respecto de los diversos institutos jurídicos que se mencionaron más arriba se efectúa desde un marco teórico, pero pueden ser confirmadas por diversos medios, en la realidad social de nuestro país. A ese fin, en esta oportunidad, nos detendremos sólo en el caso de las locaciones urbanas, tratando de acreditar de manera sintética que en esta materia el plu-

ralismo jurídico se manifiesta con fuerza en el precio y en el régimen de las mejoras, por cuanto coexisten un sistema legal y un subsistema consuetudinario *contra legem*.

a) En relación con el precio, elemento esencial particular del contrato, debe tenerse en cuenta que en la locación urbana está intervenido por normas de orden público.

El sistema legal se encuentra en la ley 23.091 que establece en su artículo 1º una fuerte prohibición de pactar el precio en moneda que no sea de curso legal y forzoso en el país: "En todos los supuestos los alquileres se establecerán en moneda de curso legal al momento de concertarse. Será nula, sin perjuicio de la validez del contrato, la cláusula por la cual se convenga el pago en moneda que no tenga curso legal. En este caso el precio quedará sujeto a determinación judicial".

Esa tajante prohibición vigente en la actualidad sólo se comprende en la medida en que se tomen en cuenta las razones por las cuales el Congreso de la Nación, en 1984, recién restaurada la democracia después de varios años sin funcionamiento del Poder Legislativo constitucional, estructuró al tiempo de dictar la ley un régimen especial locativo. El mercado locativo se encontraba absolutamente distorsionado por la incertidumbre existente en la sociedad respecto a la intervención que el Estado tendría en este contrato, tan vinculado a las necesidades primarias de la población. No había oferta y en los escasos contratos que se perfeccionaba el locador exigía el pago adelantado de todos los meses de alquiler y alquiler en dólares. El Proyecto de ley del Poder Ejecutivo dispuso el pago del alquiler en el signo monetario nacional de curso forzoso como una forma de soberanía económica del país y como un modo de protección al inquilino, por la diferencia sustancial que esa moneda tenía en ese momento en relación con la moneda nacional²⁸.

A pesar de la prohibición legal, la moneda extranjera continuó empleándose en los contratos sin que los locatarios impugnaran la validez

²⁸ Un estudio exhaustivo de la situación locativa con detalles de la realidad social p. v. en ÁLVAREZ ALONSO, Salvador, *Reflexiones acerca de la reforma y promoción de las locaciones urbanas*, en J. A. 1984-IV-733.

de la cláusula contractual que se les imponía en los contratos predispuestos. Sin embargo, no todos los contratos estaban dolarizados, pues las cláusulas de estabilización monetaria que están permitidas, con ciertos límites, en el artículo 3° de la ley, constituían un medio alternativo muy empleado para paliar los efectos de la hiperinflación que creció desmesuradamente desde 1984 a 1992.

La costumbre *contra legem* de pactar el precio en dólares se generalizó en 1991 cuando se decidió frenar la hiperinflación reinante estableciendo la convertibilidad, mediante el dictado de la ley 23.928, que dolarizó la economía y prohibió aplicar a las obligaciones cualquier tipo de indexación. Pueden verse los artículos 7°, 10 y 11 de la ley, este último modificatorio del artículo 617 del Código Civil: “Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero”.

A partir de entonces sucede que están vigentes tres fuentes de derecho con soluciones contrarias: la norma consuetudinaria de pactar el alquiler en dólares, la ley especial 23.091, que prohíbe emplear moneda extranjera y permite indexar, y la ley general 23.928, que permite emplear moneda extranjera, inclusive lo propicia, y prohíbe indexar. El decreto 529/91, reglamentario de la ley 23.928 que ilegítimamente se arrogó la facultad de establecer numerosas excepciones a la misma, nada dice respecto al precio del alquiler, de modo que fueron muy contradictorias las soluciones que se dieron al problema planteado.

Se intentó dar respuesta a este conflicto mediante la resolución 144/93 que interpreta el alcance de las derogaciones normativas dispuestas por la ley 23.928 respecto a los contratos de locación de inmuebles y en su artículo 1° dice: “Interprétase que la Ley 23.928 ha derogado el segundo párrafo del artículo 1° de la Ley 23.091, pudiendo las partes contratantes determinar la moneda de pago de los alquileres o arrendamientos que acuerden”. Luego, el artículo 2° agrega: “Interprétase a partir de la fecha de la presente resolución, que la fijación de alquileres o arrendamientos diferentes para los distintos meses o períodos de un mismo contrato constituyen repotenciación de la deuda por alquileres, prohibida por el artículo 10 de la Ley 23.928. Se con-

sidera que el monto del alquiler válido aplicable durante el plazo mínimo de orden público del contrato establecido por el artículo 2° de la Ley 23.091, es el correspondiente al acordado para el primer mes o período de vigencia”.

En realidad se trata de un intento fallido y de alguna manera estéril. Una resolución ministerial no podría alzarse contra la jerarquía de las leyes, y así lo reconoció inclusive la jurisprudencia cuando dijo: “No existe inconveniente legal alguno para que las partes pacten alquileres escalonados, variables durante el curso del contrato, no obstante lo dispuesto por la resolución n. 144/93 del Ministerio de Economía. Es que, una norma interpretativa o aclaratoria de la ley de convertibilidad, debió tener la misma jerarquía legal que aquella que es interpretada, cosa que no ocurre cuando una ley nacional recibe interpretación mediante una resolución ministerial”²⁹.

Decimos que la referida resolución resultó estéril porque la costumbre *contra legem* de pactar alquileres en dólares continuó vigente y se incrementó, sin que nadie reclame ni declare de oficio la nulidad de las cláusulas dolarizadas. Es más, la jurisprudencia las ha convalidado: “la circunstancia de haberse pactado el alquiler en moneda extranjera –dólares estadounidenses–, no torna inexigible la deuda ni nulo el contrato, pues la doctrina y la jurisprudencia han aceptado la utilización del dólar en los contratos si se trata, como en el caso, de locaciones celebradas con posterioridad a la vigencia de la ley 23.928. A tal conclusión se arriba a raíz de las modificaciones introducidas por el citado ordenamiento legal a los artículos 617, 619 y 623, Código Civil”³⁰.

“No es concebible el mantenimiento de la prohibición legal de contratar en moneda que no sea de curso legal en la República, contenida en el artículo 1° de la ley 23.091 de locaciones urbanas, cuando una ley posterior (23.928) admite libremente hacerlo y asimila su régimen a la que tiene curso legal en ella. Por ello, debe considerarse que la

²⁹ CNCiv., sala E, 11-10-95, “Constantino, Victoria L. c/Reconquista 1040 y otros”, J. A. 1997-IV, síntesis.

³⁰ CNCiv., sala H, 6-5-95, “Elvadin, Alfredo R. c/Conforti, Jorge H.”, J. A. 1996-II-431.

prohibición de contratar alquileres en dólares quedó derogada desde el dictado de la ley de convertibilidad”³¹.

Relevamos en las colecciones de jurisprudencia cuarenta y siete fallos dictados en litigios en materia locativa que están fundados en contratos de locación cuyos alquileres fueron pactados en dólares, en los que se advierte que la violación de la norma legal inserta en la ley de locaciones urbanas no fue introducida en la litis por ninguna de las partes, ni aludida siquiera por el tribunal. Ello prueba que el sistema legal coexiste con un subsistema consuetudinario *contra legem*.

b) Otro caso sumamente interesante de pluralismo jurídico, por la vigencia de una costumbre *contra legem* junto al sistema legal, se verifica respecto a las mejoras urgentes en las locaciones urbanas.

Es fácil comprobar que el régimen previsto en el Código Civil para las mejoras en la locación es hartamente confuso, tanto respecto a las mejoras que el locatario puede hacer como a las que debe pagar. Aun así, en la práctica, no genera demasiado conflicto porque, como regla, tiene carácter supletorio, de modo que para resolver los conflictos que cotidianamente se presentan en los inmuebles locados se aplica el régimen convencional, establecido por las partes en las cláusulas contractuales de uso, que ha devenido en un verdadero sistema de mejoras consuetudinario, notoriamente diferente al sistema legal.

En efecto, se ha consolidado una verdadera costumbre que se aparta del modelo legal, simplificándolo. Generalmente se incluyen en los contratos cláusulas predispuestas, mediante las cuales se prohíbe al locatario efectuar cualquier clase de mejoras sin consentimiento del locador y se establece que “todas” las que se realicen deben ser pagadas por el locatario. De manera que un pacto tan claro evita todo pleito posterior.

Este régimen consuetudinario se comprueba fácilmente por la experiencia personal y profesional, con la simple lectura de los contratos suscriptos que circulan en el mercado locativo. También pueden consultarse numerosos modelos de contratos insertos en libros de amplia circulación y en páginas de Internet, en los que se ofrece como cláusula

³¹ CNCiv., sala A, 7-4-98, “Taraman, Isaac H. y otros c/Distribuidora Rades SA y otra”, D. J. 1999-2-681.

corriente la que expresa, casi uniformemente, que queda terminantemente prohibido realizar modificaciones o mejoras en el inmueble, sin consentimiento por escrito del locador, y que todas las mejoras quedarán a su exclusivo beneficio, una vez finalizado el plazo de la locación, sin derecho a reclamo alguno por parte del locatario.

En principio, ese pacto no merece objeción. Sin embargo, podría ser impugnado de nulidad respecto de ciertas mejoras, como las urgentes, porque constituye un pacto que se alza contra el artículo 1545 del Código Civil: “Todas las mejoras hechas en caso de urgencia, y todas las de los casos del artículo 1539, números 5 y 6, deberán ser pagadas por el locador, no obstante que en el contrato se hubiese estipulado que las mejoras cediesen a beneficio de la cosa arrendada, o de no poder el locatario exigir por ellas indemnización alguna”.

La norma transcripta reviste carácter imperativo y evidencia un orden público textual, pues establece expresamente que son a cargo del locador las mejoras que en ella se determinan, “no obstante que en el contrato” se hubiese estipulado lo contrario³².

Nos parece muy significativo y hacemos especial hincapié en la cuestión del pago de las mejoras urgentes, es decir, aquellas mejoras necesarias que no admiten dilación y hacen a la conservación de la cosa, porque se presentan cotidianamente en la realidad social, a veces, inclusive, en situaciones de catástrofe, e involucran costos considerables. Sin embargo, no hemos encontrado precedentes jurisprudenciales en los que se discuta la prevalencia del sistema legal o del consuetudinario.

Por tanto, si coexisten una norma legal de orden público que posibilita al locatario no pagar la mejora urgente y una cláusula que lo obliga, y no se registran precedentes judiciales significativos, cabe pensar que los locatarios, que en la actualidad, por lo general son la parte débil del contrato, frente al supuesto de hecho concreto se atienen al pacto consuetudinario *contra legem* aunque los perjudique y se hacen cargo del pago de las mejoras, o bien no reclaman al locador la rea-

³² HERNÁNDEZ, Carlos y FRUSTAGLI, Sandra, *Comentario a los artículos 1493 a 1622*, en LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), *Código Civil comentado, Contratos. Parte Especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, t. I, p. 537.

lización de la mejora urgente ni la hacen, pero resuelven el contrato, en cuyo caso la costumbre *contra legem* produce también su propio efecto.

Todo ello muestra que en esta materia existen, como en tantos otros casos, varias respuestas jurídicas, un diálogo entre el sistema legal y el subsistema consuetudinario.

5. Conclusiones

Creemos que es posible y necesario reconocer la validez y utilidad del pensamiento actual, que admite la posibilidad de creación de normas jurídicas de jerarquías similares por diversos autores, flexibilizando la pirámide jurídica mediante el diálogo de las fuentes. Consideramos que cuando la costumbre reúne verdaderamente los caracteres propios de esa fuente de derecho, debe ser reconocida como tal y, por último, reconocemos que en el ámbito del derecho locativo argentino se manifiesta el pluralismo jurídico, en su versión de coexistencia de normas de fuente distinta, en el mismo momento y en el mismo lugar.

EL ORDEN PÚBLICO Y LAS RELACIONES DE CONSUMO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

por ALFREDO MARIO SOTO*

1. La ley 24.240 es de orden público, según lo establece el artículo 65. Ahora bien, ¿qué significa esto desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado? Hacemos constar que el Derecho Internacional Privado argentino no tiene normas específicas sobre la problemática del consumidor, ni en las fuentes convencionales ni en las internas.

Sabemos que el orden público interno, que es a lo que se refiere en primer lugar la ley comentada, está constituido por las normas imperativas, inderogables por la autonomía de la voluntad de las partes. Pero tal orden público, ¿cómo se puede manifestar en el Derecho Internacional Privado, esto es, en casos donde, en principio, cabe la posibilidad cierta de aplicar Derecho extranjero?

Puede ser, por un lado: a) a través de una especie de orden público *a priori*, las leyes de aplicación inmediata o normas de policía del tribunal con jurisdicción internacional¹, o b) por la aplicación de la

* Profesor Titular de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

¹ Ver, por ejemplo, un *leading case* en el Brasil en el que un tribunal responsabilizó a la filial brasileña por la garantía de un producto adquirido en Estados Unidos (distribuido por la matriz en Japón y producido posiblemente en Indonesia o China), de la marca Panasonic, todo, de acuerdo con el Código Brasileño del Derecho del Consumidor, considerado “ley de aplicación inmediata”. El REsp. 63.981-SP, cuyo relator fue el ministro Sálvio de Figueiredo, fue decidido el 4 de mayo de 2000, con el siguiente temario: “*Derecho del Consumidor. Mercadería adquirida en el exterior*”

Ley de Defensa del Consumidor como norma de policía de un tercer Estado con el que la causa tiene un vínculo estrecho, especialmente en materia contractual y, por último, c) por medio del orden público internacional, que opera *a posteriori*, en el caso de que encontremos principios *subyacentes* a las disposiciones de la ley, que no puedan ser dejados de lado por la aplicación del Derecho extranjero.

2. En el primer caso, o sea si aplicamos la Ley de Defensa del Consumidor como *norma de policía* del juez, tenemos que estudiar cuándo los jueces argentinos tienen jurisdicción internacional y luego abordar detenidamente el tema de dichas leyes de aplicación inmediata.

2.1. A su vez, el problema de la *jurisdicción internacional* depende de la calificación de la relación de consumo como contractual o extracontractual o hasta real². Este último enfoque se daría, por ejemplo, si se trata de un litigio concerniente a un *derecho real* sobre un bien inmueble objeto de multipropiedad o *time-sharing* o tiempo compartido, si es que se lo califica como tal. En realidad, recordemos que la problemática de la protección del consumidor ha surgido con este fenómeno.

2.1.1. Si partimos de la calificación *contractual*, y siempre teniendo presente que el Derecho Internacional Privado argentino no tiene normas específicas sobre consumo, debemos recordar lo preceptuado por los Tratados de Montevideo de Derecho Civil en su artículo 56. Ambos tratados, el de 1889 y el de 1940, establecen las reglas generales del paralelismo con el Derecho aplicable o *forum causæ* y el foro universal del domicilio del demandado. En lo que hace al primero, en general el Derecho aplicable a los efectos de un contrato es el del lugar de cumplimiento. Sabido es el problema de definir lugar de cumplimiento

con fallas. Obligación de la empresa nacional de la misma marca de reparar el daño. La realidad actual indica que estamos viviendo en un mundo de economía globalizada. Las grandes empresas perdieron la marca de la nacionalidad para transformarse en empresas mundiales. Salieron del provincianismo y alcanzaron universalidad. Por las peculiaridades de la especie [...] la Panasonic do Brasil Ltda. responde por el defecto de la mercadería de marca Panasonic adquirida en el exterior". Ver LIMA MARQUES, Claudia, Comentario al artículo Normas, en Revista de Direito Privado, N° 4, p. 85.

² Y es sumamente significativo calificar, en su caso, qué se entiende por consumidor, proveedor, etc.

en la mayoría de los contratos, esto es, con prestaciones recíprocas, pero a los fines de la jurisdicción internacional se suelen utilizar todas las posibles definiciones para evitar la denegación de justicia. Así, si por lugar de cumplimiento se entiende el del lugar de entrega de la cosa o el domicilio de quien tiene a su cargo la prestación característica de esa compraventa, esto es, el domicilio del vendedor-proveedor, no beneficiaría tanto al consumidor, sujeto especialmente necesitado de protección. En cambio, si lugar de cumplimiento es donde se consume porque allí se producen los efectos, entonces sí el consumidor se vería tal vez beneficiado. Por otro lado, el Tratado de Montevideo de 1940 agrega la posibilidad de la prórroga de jurisdicción *ex post facto*, esto es, una vez surgido el litigio, lo cual en esta materia no es siempre aceptado ya que aun cuando a esa altura de las circunstancias el consumidor se encuentra asesorado, la igualdad que supone dicha autonomía no es siempre real sino más bien formal.

Desde el punto de vista de las fuentes internas, la aplicación de los artículos 1215 y 1216 del Código Civil, que contienen reglas en materia de jurisdicción internacional en lo contractual, nos llevaría prácticamente a las mismas consideraciones que hemos hecho respecto a las fuentes convencionales ya que son contactos jurisdiccionales los del lugar de cumplimiento del contrato o alternativamente los del domicilio del demandado. Mas el artículo 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación acepta la prórroga de la jurisdicción en sentido amplio, esto es, tanto el acuerdo de elección o pacto de sumisión como la prórroga *ex post facto*. Y si hemos advertido ciertos obstáculos para su admisión una vez surgido el litigio con más razón para el caso del supuesto pacto de elección³.

En el ámbito del Mercosur recordemos que el Protocolo de Buenos

³ Ver, por ejemplo, CNCom., sala B, 22-6-2005, “V., M. C. c/UBS AG (ex Unión de Bancos Suizos)”, L. L. del 10-8-2005, p. 12. En el caso la Cámara dio por no convenida en los términos del artículo 37 de la ley 24.240 la cláusula de prórroga de la jurisdicción por la que sólo se faculta al cliente a accionar contra el banco ante tribunales extranjeros, ya que dicha estipulación, a juicio del tribunal, exhibe un evidente desequilibrio entre los contratantes en tanto opera de un modo desigual frente a idéntica contingencia, en clara violación a la garantía de igualdad ante la ley, ya que, en cambio, el banco puede iniciar acciones judiciales contra el cliente también ante los tribunales del domicilio de éste.

Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual excluye expresamente las relaciones de consumo. Por ello luego se elaboró a instancias de la reunión de ministros de Justicia el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo, no vigente aún.

El Protocolo de Santa María prevé como regla general la jurisdicción internacional de las autoridades del domicilio del consumidor. El Protocolo se aplica siempre que el proveedor haya hecho publicidad suficiente y precisa de su producto en el domicilio del consumidor. Es decir que protege al consumidor pasivo, al que reacciona a una oferta pero no al activo, es decir al que busca ofertas fuera de su domicilio⁴. En ese caso, no obstante, el proveedor puede realizar actos procesales a distancia, tales como contestar la demanda, ofrecer pruebas, etcétera, actos meramente procedimentales, siempre que no se oponga al orden público del Estado del foro. Entre ambas jurisdicciones se establece, entonces, una típica cooperación interjurisdiccional facilitada por la existencia en el ámbito mercosureño del Protocolo de Las Leñas sobre cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial y administrativa del Mercosur, vigente entre todos los Estados Partes del Mercosur. Como se advierte, se trata de lograr cierto equilibrio entre consumidor y proveedor pues se entiende que en el espacio de integración referido los vínculos se establecen entre personas igualmente fuertes o igualmente débiles, no obstante reconocer la especial situación procesal del consumidor.

Hacemos constar que el artículo 27 del Proyecto de Código argentino de Derecho Internacional Privado rechaza el acuerdo de elección de foro y dispone que, alternativamente, se puede litigar, a elección del consumidor, ante los tribunales del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de las mercaderías (calificado, salvo estipulación en contrario, como el lugar determinado por la cláusula FOB, según definición de los Incoterms, por la Cámara de Comercio Internacional), o del lugar de cumplimiento

⁴ HALFMEIER, Axel, *Waving goodbye to conflict of laws? Recent developments in European Union consumer law*, en *International perspectives on Consumers' access to justice*, Cambridge, 2003, p. 389.

de la obligación de garantía, o ante los tribunales del domicilio del demandado. Asimismo se le otorga jurisdicción internacional a los tribunales del Estado donde el demandado tuviere filial, sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, si éstas hubieran intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las hubiese mencionado con miras al cumplimiento de una garantía contractual.

Según el Reglamento de la Unión Europea, llamado Bruselas I, 44/2001 sobre competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y comercial, de marzo de 2002, establece en su artículo 16 que si el consumidor es el actor, puede demandar en el domicilio del proveedor o en el lugar de situación de una sucursal si el litigio se refiere a la explotación de ella o en el domicilio del consumidor, pero las demandas contra el consumidor sólo pueden ser entabladas en el domicilio de éste. Advertimos que tanto el lugar de situación de la sucursal como el domicilio del consumidor lo benefician, así también le será tal vez más útil demandar en el domicilio del proveedor.

2.1.2. Si se trata de la calificación de la relación de consumo como *extracontractual* por daños sufridos por el consumidor por el uso de un bien sin haber un contrato de por medio, obligado es repasar las reglas generales en materia de jurisdicción internacional.

Recordemos, una vez más, las reglas generales de los Tratados de Derecho Civil de Montevideo, que en su artículo 56 establecen la competencia del juez a cuya ley está sometido el acto jurídico materia del juicio, en el caso, el Derecho del lugar de comisión del hecho, y la jurisdicción universal del foro del domicilio del demandado, a lo que el Tratado de 1940 agrega la prórroga de jurisdicción *ex post facto*.

Sabido es el problema de calificar qué se entiende por lugar de comisión del hecho, pues se puede referir tanto al lugar de elaboración del producto como donde produce sus efectos. En este último caso favorecería tal vez al consumidor porque normalmente consume en su domicilio o por lo menos allí produce los efectos dañosos el producto. Recordemos que en materia de jurisdicción se trata de otorgar muchas posibilidades de foros para evitar la denegación de justicia. Ya hemos advertido, también, que el domicilio del demandado, esto es, el pro-

veedor, obligaría al consumidor a litigar en extraña jurisdicción. Con respecto a la prórroga *ex post facto* nos remitimos a lo manifestado *ut supra*.

No tenemos en la fuente interna reglas específicas para la materia extracontractual en el ámbito internacional, por lo que hay quienes proponen recurrir a las reglas generales del Código Civil, y otros, en cambio, aplicar analógicamente las soluciones de los Tratados de Montevideo.

Existe en el ámbito del Mercosur un Protocolo, el de San Luis, referido a la responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito, prácticamente una copia del convenio bilateral argentino-uruguayo sobre la problemática.

La existencia de dicho Protocolo ha planteado también la pregunta acerca de si no podemos, ante la laguna de fuente interna y con relación a los países del Mercosur, aplicar analógicamente las soluciones del mismo, por la especificidad del espacio en que se tiene vigencia y por el acierto de sus reglamentaciones. En efecto, en lo que a jurisdicción internacional concierne, agrega la posibilidad de demandar ante las autoridades del domicilio del actor.

2.1.3. En cuanto a la calificación *real*, los Tratados de Montevideo establecen la jurisdicción de los tribunales del lugar de situación de la cosa. Y en la fuente interna se entiende que los jueces argentinos son exclusivamente competentes en litigios que versen sobre inmuebles sitos en la República.

2.2. Retomando el método anunciado al principio, si es competente el juez argentino, puede ser que aplique la Ley de Defensa del Consumidor como de orden público *a priori*, como ley de aplicación inmediata. Sabemos que las *leyes de aplicación inmediata o normas de policía o de aplicación rígida, necesaria, imperativa, exhaustiva*, etcétera, según la concepción de Phocion Francescakis, son normas cuya observancia es necesaria para la salvaguarda de la organización política, social o económica de un país⁵. Se trata de normas tan importantes

⁵ FRANCESCAKIS, Phocion, *Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois*, en *Revue critique de Droit International Privé*, 1966, p. 1; *Trav.Com.fr.d.i.p.* 1966-1969, p. 165; *Revue critique...* cit., 1974, p. 275.

para un Estado, resguardan intereses tan significativos, que no pueden ser dejadas de lado por la aplicación de un Derecho extranjero. Son reglas materiales imperativas que, en consideración de la particular naturaleza de los intereses que protegen, en virtud de criterios de autoconexión, pretenden ser aplicadas por el juez a pesar de que la situación haría aplicable el Derecho extranjero⁶.

Tales normas de policía son soluciones territorialistas extremas. Ahora bien, en nuestros días, luego de una cierta proliferación de dichas normas en el siglo XX, nos encontramos, a consecuencia de la globalización, con que los Estados aproximan sus principios fundamentales y entonces ya las leyes de aplicación inmediata no tienen el interés que tenían antes. Así, hay una tendencia a la aproximación de ciertos valores de fondo subyacentes a estas normas, por ejemplo, los principios del Derecho de la competencia comienzan a ser compartidos por varios sistemas jurídicos.

Hoy se distinguen tres tipos de reglas o normas de policía o de aplicación inmediata: las “super” normas de policía, de contenido casi público (por ej.: las de competencia comercial), las leyes de aplicación inmediata lisa y llanamente (entre las que se encuentran precisamente las de protección del consumidor, como también las del trabajador) y las reglas de aplicación “semi o casi” necesarias, sin el contenido rígido de otrora⁷.

Entonces, con relación al *Derecho aplicable*, que es uno de los temas centrales o nucleares del Derecho Internacional Privado, junto con la problemática de la jurisdicción internacional, de la que nos ocuparemos luego, y de la cooperación interjurisdiccional, dentro de las características positivas de la consecuencia jurídica o reglamentación de la causa de la norma, se reconoce una tendencia a aplicar el Derecho del domicilio o residencia habitual del consumidor como ley de aplicación inmediata o norma de policía, rechazando en principio

⁶ Ver RADICATI DI BROZOLO, Luca G., *Mondialisation, jurisdiction, arbitrage: vers des règles d'application semi-nécessaires*, en *Revue critique...* cit., 92, 2003, p. 3. También p. v. BONOMI, A., *Le norme imperative nel Diritto Internazionale Privato*, Zurich, 1998.

⁷ Ver HALFMEIER, *Waving goodbye to conflict of laws? Recent developments in European Union consumer law* cit.; RADICATI DI BROZOLO, ob. cit.

la aplicación del Derecho extranjero en razón de imperativos socioeconómicos en las relaciones internacionales⁸.

Así como la autonomía de la voluntad en el orden interno admite límites que se justifican intrínsecamente y, en cambio, en el orden internacional dichos límites obstaculizarían el comercio⁹, es también cierto que si bien las leyes de defensa del consumidor son de orden público interno, no necesariamente deben ser concebidas así, *a priori*, en el orden internacional.

Es ésta la razón por la cual, por ejemplo, aún no está en vigencia el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo. En efecto, el mismo establece que no entrará en vigor hasta tanto no haya un reglamento de defensa del consumidor común para el consumidor, y esto no ha sucedido hasta ahora. Se entiende que de no haberlo, cada país aplicaría la ley de protección del consumidor propia, y dadas las asimetrías existentes, se teme que una excesiva protección del consumidor termine perjudicando al proveedor y, lo que es peor, acabe por constituirse en una barrera paraarancelaria al comercio intrazona.

3. De aplicarse el Derecho extranjero, hemos dicho que la protección del consumidor, notablemente el caso de la aplicación del Derecho del domicilio o residencia habitual del consumidor, puede darse también en la aplicación de *normas de policía de un tercer Estado* con el que la causa tiene un contacto relevante, sobre todo en materia contractual.

Corresponde primero, entonces, estudiar cuál sería el Derecho aplicable según las normas generales (ya que, reiteramos, el Derecho Internacional Privado argentino no tiene normas específicas en el ámbito de las relaciones de consumo) y según la calificación contractual, extracontractual o real.

3.1. Desde el punto de vista *contractual*, distinguiremos, a su vez,

⁸ BUREAU, Hélène, *Le droit de la consommation transfrontière*, Litec, Paris, 1999, p. 139; IMHOFF-SCHEIER, Anne-Catherine, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, Librairie de l'Université Georg & Cie. SA, Geneve, 1981, p. 154.

⁹ *Íd.*, p. 92.

la capacidad del consumidor, la forma o validez extrínseca del acto y la validez intrínseca y efectos del contrato.

Con relación a la *capacidad*, sabemos que tanto las fuentes convencionales, esto es, los Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y de 1940, como la fuente interna, es decir, el Código Civil, aplican el Derecho del domicilio de la persona física (arts. 6º, 7º y 948), con la excepción del artículo 949 de nuestro Código que aplica el Derecho argentino a las prohibiciones especiales. En materia de cambio de estatutos, conflicto móvil o determinación temporal del punto de conexión de acuerdo, en general se está siempre a favor de la capacidad establecida por el Derecho de la residencia estable o permanente de la persona (arts. 138 y 139, Cód. Civ.).

Cabe recordar aquí la regla del artículo 14, inciso 4º del Código Civil que declara que el Derecho extranjero no se aplicará cuando nuestro Derecho fuese más favorable a la validez del acto. Tal regla del *favor negotii* debe entenderse también con el agregado de *patriæ*, esto es, siempre que tenga el contrato algún contacto relevante con nuestro país, es decir, lugar de celebración o cumplimiento aquí.

En materia de *formas*, se diferencian tres cuestiones: el Derecho impositivo de la forma, el Derecho que regula la forma impuesta y el Derecho que califica o establece la equivalencia entre la forma impuesta y la regulada. El Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889 tiene una visión bastante ligada al fondo para que el acto no se anule precisamente por cuestiones formales, evitando así actos jurídicos claudicantes. El Derecho que impone la forma y el regulador son los que rigen la validez intrínseca del contrato, esto es, el del lugar de cumplimiento, excepto en materia de instrumentos públicos que son regulados por el Derecho del lugar de otorgamiento del mismo (*locus regit actum*). El Derecho que califica es el mismo, esto es, el de fondo. En el Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940 el Derecho que impone sigue siendo el de fondo pero el que regula es el del lugar de otorgamiento, sean los instrumentos públicos o privados. La misma situación ocurre en la fuente interna para los contratos entre presentes, cuya validez extrínseca se rige por el Derecho del lugar en que se han concluido (art. 1180, Cód. Civ.). En el caso de los contratos entre ausentes, el Código Civil dispone que si se firma un solo ejemplar se

rige la forma por el Derecho del lugar indicado al lado de la fecha, y si se redactan varios ejemplares, por el Derecho más favorable a la validez del mismo (art. 1181).

El *favor negotiorum patriæ* del artículo 14, inciso 4º del Código Civil, al que nos hemos referido más arriba, se aplica en materia de formas pero sólo en cuanto al Derecho que regula y no el que impone la forma.

La regla *locus regit actum* es lógica pues permite cierta neutralidad entre las partes, que conocen en principio el lugar donde se lleva a cabo, y, por lo tanto, beneficiaría al consumidor. Pero a fin de evitar relaciones de consumo claudicantes, válidas en cuanto al fondo pero nulas por aspectos formales o viceversa, se ha propuesto que sea el mismo Derecho el que reglamente ambas causas, dando preferencia al Derecho que rige el fondo del acto¹⁰.

En lo que respecta a la *validez intrínseca y efectos* del contrato, los Tratados de Montevideo rechazan la autonomía de la voluntad y establecen la aplicación del Derecho del lugar de cumplimiento del contrato.

En la fuente interna, recordemos que, en primer término, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en aceptar la autonomía de la voluntad. Si no se ha ejercido dicha autonomía o si ésta no fuera válida, como dijimos, Vélez Sársfield ha establecido diversos criterios según el contrato tenga o no contacto argentino, conociéndose tanto el lugar de celebración como el de cumplimiento. Si hay contacto argentino, esto es, si se celebró o se cumple en nuestro país, entonces gana la tesis de Savigny, es decir, se aplica el Derecho de la sede del caso, del lugar de cumplimiento (arts. 1209 y 1210, Cód. Civ.), y otra vez nos encontramos aquí con la problemática calificatoria resuelta de algún modo por el artículo 1212 del Código Civil que dispone que si no estuviere indicado en el contrato o no surgiere de la naturaleza de la obligación, por lugar de cumplimiento debe entenderse el domicilio del deudor si allí fue hecho el contrato. Cabe aplicar en este caso, recordemos, el artículo 14 del Código Civil que establece la aplicación del Derecho argentino si fuera más favorable a la validez del acto que

¹⁰ Íd., p. 210.

el Derecho extranjero del lugar de cumplimiento (*favor negotiorum patriæ*), lo que no siempre será beneficioso para el consumidor.

Si no hay contacto argentino porque ni la celebración ni el cumplimiento del contrato se localizan en nuestro país, se aplica el Derecho que reclamaría Story, esto es, el del lugar de celebración (art. 1205), lo cual se relaciona con el domicilio del proveedor casi con seguridad. Si pensamos en los contratos celebrados a distancia y sin lugar de cumplimiento conocido o determinado, sus efectos, según dispone el artículo 1214 del Código Civil, o sea las obligaciones de cada una de las partes, se regirán por los Derechos de sus respectivos domicilios, con lo que en lo que concierne al proveedor sería el Derecho de su domicilio el aplicable. Se produce aquí, cabe recordar, un doble corte: objetivo (pues se debe distinguir, por un lado, la validez del contrato, que se regiría por los Derechos domiciliarios –por lo que para que fuera válido el contrato se debería cumplir acumulativamente con los requisitos de ambos Derechos–, y, por el otro lado, los efectos) y subjetivo, ya que en materia de efectos cada sujeto o parte del contrato se rige por el Derecho de su domicilio en cuanto a las obligaciones de cada uno.

Todo ello sin dejar de lado la jurisdicción internacional y el Derecho aplicable argentino si se trata de litigios sobre bienes inmuebles sitios en nuestro país según interpretación extensiva del artículo 10 del Código Civil. Un ejemplo de ello se daría en caso de demandas sobre un inmueble objeto de un tiempo compartido, *time-sharing* o multi-propiedad, cuya calificación como derecho personal o real es controvertida. Otro caso sería el de una locación de un inmueble en el extranjero por el período estival.

Existe una clara tendencia a invalidar la autonomía de la voluntad en materia de consumo dada la presunción de desigualdad entre las partes. Más aún, si se acepta el *dépeçage*, despedazamiento o parcelamiento del contrato, de manera que las partes puedan elegir distintos Derechos aplicables a diferentes aspectos del contrato, el consumidor puede ver comprometida su buena fe en razón de determinadas sutilezas a favor del proveedor. Lo mismo ocurre o puede ocurrir en caso de modificación del Derecho aplicable. Sin embargo hay quienes proponen la admisión de la autonomía de la voluntad pero limitando la opción

a los derechos que se vinculen con el contrato. Otros, lisa y llanamente, aceptan sin obstáculo alguno la autonomía, ya que en última instancia quedaría siempre la posibilidad de resguardar la defensa de los derechos protectores del consumidor como principio fundamental de orden público internacional del juez que entiende en la causa.

En cuanto al punto de conexión, lugar de cumplimiento del contrato, a diferencia del contacto referido a la jurisdicción internacional, no suele haber amplitud en cuanto a la calificación, por lo que si se lo restringe al derecho del domicilio del deudor, como lo establece el artículo 1212 del Código Civil, o sea de quien tiene a su cargo la prestación característica, esto es, como normalmente ocurre en los contratos con condiciones generales, al derecho del domicilio del proveedor, entonces no se estaría, *a priori*, beneficiando al consumidor.

Sin embargo, como lo hemos dicho, el artículo 1212 del Código Civil dispone que la calificación del lugar de cumplimiento como el domicilio del deudor será siempre que el lugar de ejecución no fuera indicado por la naturaleza de la obligación. En este sentido se hace constar que existe una parte de la doctrina que estima que en los contratos celebrados con consumidores la naturaleza de la obligación, la prestación característica, es el pago que realiza el consumidor y por lo tanto su localización, desde un punto de vista más sociopolítico que socioeconómico, se desplazaría del domicilio o residencia habitual del proveedor al del consumidor¹¹.

De todos modos habría que ver el grado de protección de la legislación de consumidor de cada uno de los países, teniendo en cuenta sobre todo las asimetrías existentes en esta materia. Se ha manifestado, en tal sentido, que la aplicación del derecho de la residencia habitual del consumidor beneficiaría más si se trata de consumidores de los países ricos del Norte, cuyos derechos protegen más que a los del Sur, por lo que, en todo caso, se debería aplicar la ley más favorable al consumidor, sea la de su domicilio o residencia habitual o la del proveedor¹². Y en el Sur, ya lo hemos dicho, existen asimetrías, por ejem-

¹¹ Íd., p. 114.

¹² LAGARDE, ob. cit., p. 11.

plo, entre los Estados Partes del Mercosur, por lo que cabría, tal vez, adoptar la misma solución.

Así como en materia matrimonial, y a favor de la validez de tal institución, el mismo Derecho rige la capacidad, la forma y la validez intrínseca, se ha propuesto que en materia de consumo se aplique a todo el mismo Derecho, en favor de la protección del consumidor¹³. La diferencia está en que en el caso del matrimonio se prefiere el lugar de celebración del mismo como más cercano a la voluntad de los contrayentes, mientras que en la problemática del consumo se está por un criterio más objetivo, relacionado con la residencia habitual del consumidor.

En lo que hace al Derecho aplicable a los contratos celebrados con consumidores, el artículo 79 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado rechaza la elección del Derecho aplicable. Se encarga de precisar en el primer párrafo que se trata de contratos relativos a la prestación de servicios o provisión de cosas muebles destinados a uso personal o familiar del consumidor, que sean ajenos a la actividad comercial o profesional de éste, así como los contratos que tengan por objeto la financiación de tales prestaciones. En tales casos el Derecho aplicable será el del Estado de la residencia habitual del consumidor si: a) la conclusión del contrato ha sido precedida de una oferta o publicidad realizada o dirigida a dicho Estado y el consumidor ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato, b) el proveedor ha recibido el pedido en el Estado de la residencia habitual del consumidor, c) el consumidor ha sido inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero para efectuar él su pedido.

La Convención europea firmada en Roma en 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, establece en su artículo 3º que se puede elegir el Derecho aplicable, y, en su defecto, el artículo 4º dispone la aplicación del Derecho con el que el contrato tenga los vínculos más estrechos, entendiéndose en general por tal el de la residencia habitual de quien tiene a su cargo la prestación característica del contrato, esto es, del proveedor, lo que no beneficiaría, en principio,

¹³ IMHOFF-SCHEIER, ob. cit., p. 210.

al consumidor. Existe una presunción especial en el caso de utilización de inmueble a favor del lugar de situación del mismo, caso en que tal vez sí favorezca al consumidor. De todos modos, en ausencia de ejercicio de la autonomía de la voluntad, se aplicará el Derecho de la residencia habitual del consumidor siempre que la celebración fuera precedida allí de una oferta especialmente dirigida o por publicidad y si el consumidor hubiera realizado allí los actos necesarios para celebrar el contrato o si la otra parte hubiere recibido el encargo del consumidor en ese país si el contrato fuera de venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado a otro país y allí hubiere hecho el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir la venta. Nótese que se prefiere la conexión más realista de la residencia al domicilio, teniendo en cuenta el ambiente social del consumidor¹⁴. Ahora bien, aun cuando las partes hayan elegido el Derecho, en ningún caso el consumidor será privado de la protección de las normas imperativas de aplicación necesaria del Derecho de su residencia habitual, las llamadas normas de policía, si fueran, claro está, más favorables¹⁵. Es también la solución del Derecho austriaco. Como vemos, se ha optado por la seguridad de la preservación de la autonomía de la voluntad, aunque con el límite apuntado, y no la exclusión lisa y llana de la posibilidad de elección del Derecho como, en cambio, lo prevé la ley suiza¹⁶.

Como lo adelantáramos, cabe referirse, además, a la posibilidad de la aplicación o consideración de las normas de protección del consumidor *de un tercer Estado, como normas de policía* o disposiciones con vocación internacionalmente imperativas, especialmente en materia *contractual*, y siempre que tengan un vínculo suficiente concreto, es decir, con el caso o situación planteada a fin de facilitar la cooperación internacional. Dichas normas, reiteramos, tienen que tener vocación

¹⁴ IMHOFF-SCHEIER, ob. cit., p. 197.

¹⁵ GILLIES, Lorna E., *Adapting international private law rules for electronic consumer contracts*, en *International perspectives on Consumers' access to justice*, Cambridge, 2003, p. 224. *Ver también la ley austriaca.*

¹⁶ IMHOFF-SCHEIER, ob. cit., p. 203.

de aplicarse imperativamente, deben querer ser aplicadas como leyes de aplicación inmediata, de lo contrario no se aplicarían¹⁷.

Tal vez ante las carencias axiológicas apuntadas en esta materia, ya que la mayoría de las reglas jurisdiccionales y Derecho aplicable no son satisfactorias para la protección de los intereses del consumidor, se puedan tener en cuenta, tomar en consideración o, más aún, aplicar estas reglas imperativas o de aplicación inmediata, por ejemplo, del Derecho del domicilio del consumidor si no fuera ni la *lex fori* ni el Derecho aplicable al contrato. Se podría decir que constituiría, en última instancia, una especie de mal necesario para garantizar la protección del consumidor¹⁸.

Toda esta suerte de *dépeçage*, esto es, la aplicación de las normas de policía del foro, el Derecho aplicable según la norma indirecta del Derecho Internacional Privado del juez y la posibilidad de aplicación o consideración de leyes de aplicación inmediata del Derecho de un tercer Estado con el que la situación tenga un vínculo suficiente o estrecho, puede producir cierta incertidumbre, inseguridad y hasta cierta incoherencia. Para remediarlo se encuentra el método conjetural¹⁹, de adaptación o sintético judicial.

3.2. Con referencia a la calificación *extracontractual*, los Tratados de Montevideo establecen la aplicación del Derecho del lugar de comisión del hecho (*lex loci delicti commissi*), interpretado en esta materia, la de la ley aplicable, recordemos, de manera restrictiva, lo cual no siempre beneficia al consumidor salvo que se aplique con la interpretación anglosajona de la *proper law of the tort*²⁰, esto es, la determinación del derecho propio de la situación.

El Derecho de fuente interna plantea la laguna a la que hemos hecho referencia *ut supra*. En efecto, el artículo 8º del Código Civil, cuya aplicación a casos internacionales es discutible, establece la apli-

¹⁷ WENGLER, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1941, p. 185; ZWEIGERT, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und Internationales Privatrecht*, 1942.

¹⁸ IMHOFF-SCHEIER, *ob. cit.*, p. 183.

¹⁹ IMHOFF-SCHEIER, *ob. cit.*, p. 180.

²⁰ MORRIS, *The proper law of the tort*, en *Harvard Law Review*, 1951, vol. 64, p. 885.

cación del Derecho del lugar donde el hecho ha acaecido. Ante dicha carencia se ha propuesto la aplicación analógica de los Tratados de Montevideo o el recurso al Protocolo de San Luis, que dispone que si ambas partes tuvieran domicilio común se aplicará el Derecho de tal domicilio, lo cual de algún modo estaría beneficiando al consumidor aun cuando al proveedor también, claro está.

3.3. En cuanto a la calificación *real*, los Tratados de Montevideo establecen la aplicación del Derecho del lugar de situación de la cosa, mientras que en la fuente interna nos interesa destacar el artículo 10 del Código Civil, que dispone la aplicación del Derecho argentino si se trata de inmuebles sitios en nuestro país.

4. Finalmente, recordemos la reserva o excepción de *orden público internacional* siempre presente como característica negativa de la consecuencia jurídica de toda norma de Derecho Internacional Privado, esto es, aplicada *a posteriori* y no *a priori* o en sentido positivo, formando parte de las características de la consecuencia jurídica, como las normas de policía o de aplicación inmediata. En efecto, puede ser que se considere como un principio fundamental del Derecho argentino la protección del consumidor, con lo cual no se aplicará un Derecho extranjero que atentase contra él.

5. En *conclusión*, cabe reflexionar que el conocimiento de la jurisdicción internacional y del Derecho aplicable es crucial para los consumidores que usualmente son considerados la parte más débil del contrato, normalmente ellos no saben cuáles son sus derechos y cómo pueden ejercerlos en contratos transfronterizos. Además, reglas de jurisdicción y Derecho aplicable deben facilitar el reconocimiento y la ejecución de sentencias²¹. Existe el peligro del *forum shopping* que se podría dar, de no haber reglas claras y comunes, de elegir jueces y a través de él Derecho aplicable, menos favorables al consumidor²².

Por todo lo manifestado, es delicado encontrar un equilibrio entre las partes en materia de consumo. Es cierto que habría que proteger al consumidor permitiéndole que litigue ante los jueces de su propio

²¹ GILLIES, ob. cit., ps. 360 y 362.

²² GILLIES, ob. cit., p. 374.

domicilio, pero también es verdad que tal contacto jurisdiccional rompe con la regla general universal de la jurisdicción del domicilio del demandado y se corre el riesgo de tornar ineficaz el proceso en sí y el reconocimiento y la ejecución de la sentencia en el extranjero. Por un lado nos encontramos con la justicia de atender a la situación particularmente débil del consumidor, pero por el otro con la necesidad de que él mismo vea, en su caso, satisfecho su derecho, lo cual es difícil si se desatiende a los intereses del proveedor, pues se corre el riesgo de dictar una sentencia inútil. Como en muchos otros casos, la tensión entre justicia y utilidad, entre equidad y eficacia, es grande. Si bien no se debe exagerar el análisis económico del derecho al punto de que la sentencia se ajuste a economía y no a Derecho, éste no debe desconocer la existencia de una contribución entre la justicia y otros valores como la utilidad.

“QUO VADIS” RESPONSABILIDAD CIVIL Y DERECHO DEL CONSUMIDOR

por **ROBERTO A. VÁZQUEZ FERREYRA***

En primer lugar queremos agradecer la posibilidad que se nos ha dado de poder participar en un homenaje al querido y distinguido profesor doctor Luis Orlando Andorno.

Recordamos cuando hace más de veinticinco años, como profesional recién recibido, escuchábamos sus amenas conferencias en las que nos contaba sobre los grandes cambios que ocurrían en Europa, y muy particularmente en Francia, en temas de responsabilidad civil y derecho del consumidor. Sin duda alguna, los aportes del profesor Andorno tuvieron mucho que ver en el entusiasmo con que comenzamos el estudio de ambas disciplinas.

Es así que desde hace más de dos décadas hemos venido analizando el fenómeno de la responsabilidad civil, entroncándolo a posteriori con el Derecho del Consumidor¹. Es que si bien la responsabilidad civil venía desarrollándose desde la época del Derecho Romano, en el caso del Derecho del Consumidor estábamos frente a una disciplina absolutamente nueva. El Derecho del Consumidor no tuvo su *lex aquilia* y ello tiene una explicación muy sencilla. En Roma no existía la publicidad y las transacciones comerciales eran escasas, la riqueza se asentaba en la propiedad inmueble y la oferta de productos y servicios era casi nula.

* Profesor Titular de Derecho Civil II, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

¹ Se trata de dos materias jurídicas intensamente relacionadas, y si quisiéramos ampliar el espectro deberíamos también mencionar al Derecho Ambiental.

La idea de estas líneas es sólo aportar algunos pensamientos que tienen que ver con vivencias personales, a manera de “popurri”, con referencia a estas dos ramas del Derecho que han sido siempre materia de estudio para el profesor Luis Andorno. No se trata de un trabajo de investigación y por ende no debe extrañar la ausencia de rigor científico en la exposición. Es sólo una forma de compartir ideas, pensamientos, inquietudes, de la misma manera en que muchas veces lo hiciéramos con el querido maestro, café de por medio (obviamente servido por él mismo con esa humildad propia de los grandes), en su despacho del tercer piso de los tribunales de la ciudad de Rosario.

En aquellos años y en lo que hace al Derecho de Daños –siguiendo con lo que eran las nuevas corrientes de aquella época– pusimos el acento en lograr la efectivización del principio *favor victimæ o pro damnato*, en virtud del cual se debe lograr que todo aquel que ha sufrido un daño injusto obtenga la correspondiente indemnización. Ésa era y es la corriente imperante en la materia, que trata de no desentenderse de aquellos que padecían un perjuicio. Claro que también en esos años no dejábamos de alertar que todo daño para ser indemnizado debía venir acompañado de los restantes presupuestos del deber de reparar. Y señalábamos que resulta tan irritante un daño injusto sin indemnizar como cargar sobre las espaldas de un inocente² el pago de una indemnización. Ello nos lleva a afirmar categóricamente en la actualidad que no todo daño debe ser indemnizado. Un ejemplo que avala tal afirmación es el supuesto contemplado en el artículo 1111 del Código Civil referido al daño autoinfligido.

Lo de que “no todo daño debe ser indemnizado” es algo que suena lógico, pero que parece chocar de bruces con aquello de que todo daño injusto debe ser indemnizado. Pero la clave es muy sencilla y

² Utilizamos la palabra inocente, no en el sentido de ausencia de culpabilidad, sino de ausencia de los presupuestos propios del deber de indemnizar: daño, antijuridicidad, relación de causalidad y factor de atribución. Bien puede tratarse por ejemplo de un supuesto de responsabilidad civil indirecta frente a un supuesto en que la responsabilidad del dependiente a su vez tenga naturaleza objetiva. Pese a tratarse de un supuesto de esas características, existe fundamento suficiente para cargar el deber reflejo de indemnizar sobre el principal. Ver sobre el particular el comentario que hicimos del artículo 1113, primera parte en la obra colectiva *Código Civil comentado*, dir. por Alberto J. Bueres y coord. por Helena Highton, editada por Hammurabi.

la línea divisoria pasa por la determinación en cada caso concreto de los presupuestos del deber de responder. Por ende, no corresponde forzar la interpretación o ignorar las normas en aras de otorgar una indemnización manifiestamente improcedente. Por ello siempre debe estar presente el análisis de la relación causal, la existencia de un factor de atribución, ya sea subjetivo u objetivo, la injusticia o anti-juridicidad del daño y, finalmente, la determinación y cuantificación del mismo.

Lo cierto es que el fenómeno resarcitorio se fue ensanchando, dando lugar en forma amplia a los supuestos de responsabilidad objetiva, a una concepción abierta respecto de la indemnización del daño moral, a la apertura de mecanismos de prevención, a supuestos de tutela anticipatoria y de intereses colectivos o difusos, etcétera. “La jurisprudencia de la Corte nacional fue la que abrió surco, con énfasis, en la tarea de deslindar los ámbitos de aplicación del riesgo creado y del vicio de la cosa, confiriéndoles fuerza expansiva”³.

Del mismo modo y respecto de la tutela de los consumidores, insistíamos en la necesidad del dictado de normas protectoras de los derechos de los consumidores y usuarios, necesidad que se vio acentuada a principios de la década de los '90 con la privatización de los servicios públicos. Recordemos que a fines de la década de los '80, la defensa de los consumidores y usuarios en nuestro país era inexistente, salvo situaciones particulares⁴. Se recurría a normas generales como los artículos 1071 y 1198 del Código Civil.

³ GALDÓS, Jorge Mario, *El riesgo creado, la culpa y cuestiones conexas*, en L. L. del 23-11-2006.

⁴ Recordamos que uno de los primeros fallos en que hicieron efectos los derechos del consumidor fue precisamente dictado por el Dr. Luis O. Andorno como vocal de la sala II de la Cámara Civil y Comercial de Rosario. En el caso se trataba de una rifa. El premio mayor consistía en un departamento en la ciudad de Mar del Plata. En el folleto publicitario se veía un moderno departamento ubicado en la mejor zona del Boulevard Marítimo de Mar del Plata con una vista al mar directa. Lo cierto es que el ganador se encontró con la sorpresa de que en realidad el departamento adjudicado era de mucho menor jerarquía y ubicado en una zona absolutamente alejada de la costa. El tribunal, con el voto del Dr. Andorno, obligó al organizador de la rifa a entregar el valor correspondiente a un departamento semejante al publicitado. En definitiva, y pese a que aún no había sido sancionada la ley 24.240, en base al principio de buena fe consagrado en el art. 1198 del Cód. Civ. se llegó a un resultado adecuado.

Siguiendo la línea directriz del artículo 512 del Código Civil, no deben perderse de vista las circunstancias de tiempo y lugar. Eran años en que todavía se defendía a ultranza la responsabilidad subjetiva, alzándose voces que no ahorraban consideraciones para descalificar a la responsabilidad objetiva. La reforma del Código Civil del año 1968, que entre otros cambios introdujo la responsabilidad civil por el vicio o riesgo de las cosas, recién estaba llegando a su madurez. Eran los años en que se pedía con clamor la unificación de los regímenes de la responsabilidad civil, tema que hoy parece aquietado frente a las necesidades y urgencias de todos los días.

En lo que hace a la defensa de los consumidores y usuarios, la doctrina venía ocupándose del tema cada vez con mayor intensidad, pero hasta fines de los años ochenta, la desprotección era casi absoluta, legislándose la materia con carácter general a partir de 1993 con la sanción –y veto parcial– de la sorpresiva ley 24.240.

Un año después se reforma la Constitución Nacional incorporándose el artículo 42 cuyo texto es el siguiente:

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a 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.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

De esta manera, el principio de tutela de los consumidores adquirió jerarquía constitucional.

Como no podía ser de otra manera, en su primer artículo, la ley 24.240 determina en forma expresa su objeto que no puede ser otro

que la defensa de los consumidores y usuarios. Este principio tuitivo de esta particular categoría social, en la que encuadra toda la ciudadanía, es el mismo que inspiró al constituyente de 1994 cuando elaboró el artículo 42 de la Constitución Nacional, y será el que oriente toda la interpretación en esta nueva rama del Derecho.

Todas las normas del Derecho del Consumidor deben interpretarse en el sentido más favorable a los consumidores y usuarios, tal como surge del artículo 3º de la ley en forma genérica y más en particular del artículo 37 para el campo contractual.

Ha nacido en consecuencia, a partir de la sanción de la ley 24.240, un nuevo principio general del Derecho que bien puede ser denominado de “protección del consumidor”. Este principio tiene fundamental importancia dentro del ordenamiento jurídico, pues tiene jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994. Efectivamente, la propia Constitución Nacional en su artículo 42 se encarga de resumir el contenido de este principio, que surge como contrapartida del principio de vulnerabilidad en que se encuentran por lo general los consumidores y usuarios frente a los proveedores de bienes y servicios.

Por lo tanto, el principio de protección de los consumidores, a partir de su inclusión en el texto constitucional, se constituye en un principio rector de la política social y económica del Estado y en un principio general del Derecho, con la eficacia que a tales principios otorga el Derecho en general. Por lo tanto este principio cobra operatividad en la elaboración, interpretación y aplicación normativa.

Así como existen otras ramas del Derecho que se elaboran a partir de principios fundantes tales como el *in dubio pro operario* o *in dubio pro reo*, en materia laboral o penal respectivamente, en el Derecho del Consumidor podemos hablar de un verdadero principio denominado también *in dubio pro consumidor*. E insistimos en la importancia y jerarquía de este nuevo principio pues, como quedó dicho, tiene jerarquía constitucional al ser la síntesis del nuevo artículo 42 de la Constitución Nacional.

Claro que como todo principio, no es absoluto. Interpretar a favor del consumidor no significa que el consumidor tenga siempre la razón, ni mucho menos que deba forzarse la aplicación de la norma, contra-

riando su clara letra. El principio tampoco debe servir para apañar conductas abusivas de los propios consumidores⁵.

A partir de 1994 se fueron conociendo los primeros pronunciamientos en los que se aplicaba la ley 24.240, reforzada por el apoyo que le dio la Convención reformadora de 1994. En algunos casos se trataba de planteos judiciales directos en los que estando implicada una relación de consumo, los tribunales aplicaron en forma directa la ley 24.240, y en otros se trataba de decisiones administrativas que imponían las sanciones previstas en el artículo 47 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios. En la inmensa mayoría de los casos, estas sanciones impuestas en resoluciones administrativas, al ser apeladas, motivaron el posterior pronunciamiento de los tribunales judiciales. Un rápido repaso de la jurisprudencia nos muestra que en su inmensa mayoría los pronunciamientos tenían que ver con el derecho a la información, la publicidad engañosa, y las cláusulas abusivas.

Llegamos así a un punto en el cual el Derecho de Daños ha adquirido la suficiente madurez como para poder afirmar que las víctimas indefensas del siglo pasado hoy han pasado a ser los protagonistas principales del escenario judicial, quedando muy atrás aquellos tiempos de absoluta desprotección.

Con respecto al Derecho del Consumidor, puede decirse que también ha llegado a su madurez, pues salvo algunos pronunciamientos aislados, se advierte la plena y efectiva vigencia del estatuto protectorio. Desde el enfoque doctrinario, salvo algunas importantes excepciones, los autores se muestran propensos a justificar una mayor expansión de la tutela a la hoy existente.

La realidad que se nos presenta a diario incluso nos hace temer que estemos frente a un nuevo supuesto de juego pendular en el que, como nos gusta a los argentinos, pasamos de un extremo al otro.

No es que estemos en contra de esta evolución natural del Derecho

⁵ Sobre lo que llamamos interpretación forzada, en un fallo reciente se ha dicho “Cuando la ley es clara –como lo es la contenida en la norma del art. 118 de la Ley de Seguros– y no exige esfuerzo de interpretación, debe ser aplicada sin más, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contemplados en ella”. Voto de la minoría en Acuerdo Plenario de la CNCiv., 13-12-2006, “Obarrio, María Pía c/Microómnibus Norte SA s/Daños y perjuicios”.

de Daños o de la defensa de los consumidores. Simplemente queremos llamar la atención sobre un fenómeno que percibimos y que se presenta en algunos casos como irrazonable. No resultan pocos los supuestos en los que los verdaderos abusos provienen de quien históricamente ha sido considerada la parte más débil: las víctimas y los consumidores.

En la actualidad, llevado un planteo a los estrados judiciales, o frente a la autoridad administrativa de aplicación de la ley 24.240, bien puede decirse que se produce un cambio de roles. Las víctimas y los consumidores pasan a ser los fuertes, y las empresas –más allá de su poderío económico y seguramente su capacidad de asesoramiento–, los débiles de la trama. En la actualidad un abogado que se dedique al asesoramiento de empresas de cualquier naturaleza, incluso de compañías de seguro, debe saber que al ingresar a un proceso judicial ya se encuentra con una marcada desventaja.

Estamos en una época en que los abusos siguen existiendo (el primer gran abusador es el propio Estado), los daños siguen produciéndose, pero llegados a los estrados judiciales, la balanza se ha inclinado notablemente y en esa instancia ya no puede hablarse de débiles y poderosos. Salvo claro está, cuando quien tenemos enfrente es el propio Estado.

En el terreno de la responsabilidad civil médica se puede apreciar lo que comentamos. Hay algunos pronunciamientos judiciales que llegan a un extremo tal que ponen en peligro la práctica misma de la medicina. Pareciera que para algún sector del pensamiento jurídico, existe toda una conspiración de los médicos para perjudicar a sus pacientes. Hemos visto sentencias en las que pese a que los dictámenes de los peritos eran contundentes en cuanto a la inexistencia de culpa por parte de los profesionales demandados igualmente se los condenaba por que “vaya a saber qué fue lo que pasó”, pasando por alto que la medicina por su propia naturaleza es una ciencia que no puede garantizar resultados, y que en la propia naturaleza del hombre están la enfermedad y la muerte.

En la línea de pensamiento que criticamos, pareciera que existe una presunción de que los médicos hacen las cosas mal.

Por ello nos parece adecuado el pensamiento del Tribunal Supremo de Puerto Rico volcado en su sentencia de fecha 9 de septiembre de

2005 según el cual “...partiendo de un enfoque justo y realista se admite que en la profesión médica, puede haber errores razonables de juicio...” mas “...Hemos reconocido que al médico le asiste una presunción de haber ejercido con un grado razonable de cuidado y haber ofrecido un tratamiento adecuado (‘Crespo v. Hernández’, 121 DPR 639 -1998-). Para rebatir esta presunción, la parte demandante no puede descansar en una mera posibilidad de que el daño se debió al incumplimiento por parte del médico de su obligación profesional. El hecho de que un paciente haya sufrido un daño o que el diagnóstico haya fracasado o que el tratamiento no haya tenido éxito no crea la presunción de negligencia por parte del facultativo médico. Un médico no puede garantizar un resultado favorable en toda intervención”.

En palabras de Jaime Santos Briz, “la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico no es la de obtener, en todo caso, la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una obligación de medios, es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica; por ello, su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, que revele un desconocimiento cierto de sus deberes, sin que pueda exigirse al facultativo el vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad, pidiéndole sacrificios desproporcionados, y sobrevenido el resultado lesivo, en el caso del fallecimiento del paciente, es preciso que éste no pueda atribuirse a otras circunstancias, como ocurre en el supuesto de enfermedad sometida a toda clase de complicaciones”⁶.

Lo expuesto no implica renegar de la aplicación de las pruebas de presunciones ni de la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas. Pero todo en su justa medida. No olvidemos que la teoría de las cargas probatorias dinámicas es de aplicación excepcional y restrictiva, conforme lo tiene dicho la más prestigiosa doctrina y jurisprudencia. Y en cuanto a la prueba de presunciones, éstas tienen que reunir una serie de requisitos como para fundar una condena basada en la culpa profesional.

⁶ TS de España, sala 1ª, 26-5-86, ponente: Sr. Santos Briz, L. L. (España) 1986-3-633.

“Claro está que en el fondo, y cuando menos desde la perspectiva de autorizada doctrina la admisión de las presunciones *hominis* no importa derogar el régimen de la carga de la prueba en materia de culpa. Habrá que demostrar hechos que generan indicios, para extraer de ellos la culpa de manera indirecta. A lo más, cabrá entender que existe un aligeramiento de la actividad probatoria, y una concesión a los jueces de posibilidades para apreciar las circunstancias implicadas sobre la base de equidad (Frossard, Joseph, *La distinction des obligations de mohines et des resultat*) [...] En última instancia, el intérprete podrá recurrir a la teoría de las cargas probatorias dinámicas, como se la dio en denominar, que es un recurso técnico aproximado al favor probaciones de la doctrina española (ver Cabanillas Mújica, Santiago, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1987, ps. 65 a 70). Pero que quede sentado que la teoría de las cargas probatorias dinámicas no puede aplicarse con carácter general e indiscriminado (es residual, cuando quepa). Las Quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, Provincia de Buenos Aires, 1992 y el Decimoséptimo Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santiago del Estero, 1993 decidieron por unanimidad de sus miembros en ambos casos que la susodicha teoría constituye un apartamiento excepcional de las normas legales que establecen la distribución del *onus probandi* (v. gr. arts. 377 y concs. del Código Procesal de la Nación). Sólo funcionará este recurso –se dijo– cuando la aplicación mecánica o rígida de la ley conduzca a resultados disvaliosos o inicuos. En definitiva, el instituto debe utilizarse *in extremis*. Así lo sostiene, por lo demás el profesor Jorge W. Peyrano, verdadero divulgador de la teoría en la Argentina (ver *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, en E. D. 153-968, y *Aspectos procesales de la responsabilidad profesional*, en *Las responsabilidades profesionales*, Libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno, Platense, La Plata, 1992, p. 266)”⁷.

De lo que no puede caber ninguna duda es de que cualquiera sea la regla aplicable en cuanto a la distribución del *onus probandi*, estando

⁷ Fallo del Dr. Alberto J. Bueres integrando la CNCiv., sala D, 16-7-98, en autos “Contreras, J. C. c/MCBA s/Daños y perjuicios”.

debidamente acreditados determinados hechos, no es necesario echar mano de las reglas de la carga probatoria. En otras palabras, si del material probatorio surge indubitadamente la inexistencia de culpa profesional, no corresponde analizar quién tenía la carga de probar tal extremo (ya sea la existencia o inexistencia de culpa), por cuanto en definitiva estando probado el extremo, hay que estar a ello. Las reglas de distribución de la carga probatoria cobran valor cuando en el proceso no hay prueba suficiente sobre determinados hechos.

Es por ello que resulta susceptible de crítica el pronunciamiento según el cual “...un paciente, al que se le *brindó un tratamiento o intervención realizados con toda perfección, de acuerdo con las llamadas ‘reglas del arte’ o ciencia*, pero que inexplicablemente ha sufrido un daño o secuela, muchas veces irreversible, como aquí ocurre, cuyo origen o etiología se desconoce y que generalmente se atribuye al propio enfermo (la gravedad de su estado) o a circunstancias fortuitas o imprevisibles [...] En tales situaciones, se ha propuesto que la cuestión se resuelva mediante la presunción de que en el acto médico ha existido algún error o descuido cuando se ha acreditado el tratamiento u operación, existe proximidad temporal entre el procedimiento y el resultado, que no tiene relación con el ‘riesgo típico’ de la conducta profesional y no se comprueba la intervención de alguna causa externa o una imprevisible reacción del paciente...”⁸

La original tesis que surge del considerando transcripto propone una verdadera presunción de culpa, pero con el agravante de que se trata de una presunción de culpa *iure et de iure* en contra de los médicos. En otras palabras, el fallo sostiene una verdadera responsabilidad objetiva en cabeza de los médicos, pues bastaría una simple conexión causal para responsabilizarlos, aun cuando las pruebas demuestren que han brindado “un tratamiento o intervención realizados con toda perfección, de acuerdo con las llamadas reglas del arte o ciencia...” Bastaría con una mera “proximidad temporal” entre el acto médico y el daño para justificar una condena. Es que si, como surge de la lectura del fallo, estaba probado que la atención se hizo con toda perfección y de acuerdo

⁸ CNCiv., sala G, 29-12-2005, en autos “F., J. A. c/S., J. y otro s/Daños y perjuicios”.

con las llamadas reglas del arte o ciencia, no hay nada más para analizar. Cualquiera sea la distribución de la carga probatoria que se aplique, los médicos dieron la prueba de su parte para acreditar que agotaron el cumplimiento de la prestación debida por ellos, y por ende que no ha existido culpa. A tenor de ello ya no cabe ninguna presunción.

En el Derecho del Consumidor, también se encuentran situaciones que muestran un verdadero abuso por parte de quien es considerado el más débil de la relación. Recordamos un caso en que un afiliado a una empresa de medicina prepaga, con cobertura cerrada y limitada al territorio de la República Argentina, promovió una acción de amparo para que la empresa le cubra una intervención quirúrgica en el exterior. Se trataba de una intervención quirúrgica que bien se podía realizar en la República Argentina, pero el amparista alegaba que en determinado país estaban más avanzados en ese tipo de cirugías. El tribunal de primera instancia *in audita* parte hizo lugar a una medida cautelar ordenando a la empresa de medicina prepaga a que depositara el importe necesario para cubrir tal intervención –varias decenas de miles de dólares norteamericanos–, y todo ello bajo una simple caución juratoria. El actor retiró el dinero, mientras el caso judicial seguía por sus carriles normales. Finalmente la medida cautelar fue revocada en segunda instancia y se rechazó el amparo en razón de la absoluta falta de razón por parte del amparista. Lo cierto es que hasta el día de hoy la empresa de medicina prepaga no ha podido recuperar el dinero depositado en cumplimiento de la medida cautelar, como que tampoco existe constancia de que el mismo haya sido destinado a cubrir aquella intervención quirúrgica.

Estas situaciones, que no son aisladas, nos han llevado a recordar algunos planteos en los que pareciera que el propio consumidor confiesa su estado de absoluta ignorancia en cuestiones que nunca jamás pudo pasar por alto al momento de contratar, y que bien pudo haber sido materia de negociación o hasta de abstención a la hora de celebrar el contrato. Algo así como que “pago el más barato y después reclamo por el más caro”.

No estamos hablando de cláusulas sorprendidas, o que regulan cuestiones accesorias sobre las que el consumidor pudo no haber prestado toda la atención necesaria. Se trata de aquellos elementos esenciales

del contrato que el consumidor más desprevenido no pudo pasar por alto. Así por ejemplo el caso narrado, en que el consumidor –abonado a una empresa de medicina prepaga– pudo adherir o no a un régimen con cobertura en el exterior, optando por el plan cerrado y limitado a la República Argentina, lo que obviamente implicaba un costo mensual muy inferior. No es serio pensar que el consumidor desconocía los límites de su cobertura, sobre todo en lo que hace a intervenciones quirúrgicas en el exterior⁹.

Adviértase que en el caso narrado no se trataba de un “subconsumidor”¹⁰, sino por el contrario de una persona con un nivel de formación medio alto. Esto nos lleva a analizar el alcance que se puede dar a la calificación de abusiva de determinada cláusula contractual.

Sobre el particular queremos recordar la Directiva Comunitaria 13 del 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, de aplicación a las cláusulas contractuales predispuestas y no negociadas entre las partes, que en su considerando 19 establece que a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a las cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad-precio

⁹ El tribunal, previo al despacho de la medida cautelar, bien pudo mínimamente requerir información sobre las condiciones contractuales. En un caso de cierta semejanza, con excelente criterio, ante el pedido de una medida cautelar, el señor juez llamó con urgencia a todas las partes para interiorizarse sobre la cuestión. Se trataba de un amparo para la cobertura de una cirugía para la colocación de una banda gástrica. En esa audiencia ad hoc, el propio médico del amparista reconoció que éste no se encontraba en condiciones de ser sometido a ese tipo de intervención. Obviamente, el amparo siguió su curso, pero la medida cautelar fue rechazada. Resolución de fecha 25-8-2006 del Juzgado Federal N° 1 de la ciudad de Rosario a cargo del Dr. Héctor Alberto Zucchi. Más allá de lo decidido, aplaudimos el compromiso asumido por el magistrado interviniente que lejos de actuar mecánicamente se interiorizó del asunto como es debido.

¹⁰ Subconsumidores son aquellos que por su edad o nivel de formación se encuentran en condiciones de super inferioridad. Así los niños o los analfabetos. Ello lleva a que, por ejemplo en los objetos destinados a niños, los niveles de seguridad deban acentuarse. Es por ello que los juguetes a pilas presentan el respectivo compartimiento cerrado con tornillos que impiden el acceso a las baterías por el riesgo de que los niños se las lleven a la boca. En estos casos, el deber de información también se ve acentuado.

de la mercancía o de la prestación; y el artículo 4.2 dispone que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Es así que quedan excluidas del ámbito de aplicación del control de contenido previsto en la Directiva las cláusulas relativas a las prestaciones fundamentales o elementos esenciales del contrato, esto es, las que caracterizan el objeto y la contraprestación contractuales. Así por ejemplo, en un contrato de seguro, aquellas cláusulas que delimitan el riesgo asegurado, o en un contrato de medicina prepaga, aquellas que delimitan el marco prestacional, dentro de la reglamentación pertinente (entiéndase programa médico obligatorio, directivas de la autoridad de aplicación de la ley 24.240, etc.).

Es que respecto de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato no concurren las circunstancias que dan cuenta de las especialidades del régimen jurídico propio de las condiciones generales y cláusulas predispuestas individuales, por lo que los controles son innecesarios.

Por ello para la Directiva Comunitaria, precio y contraprestación aun cuando sean prerredactados no reciben la consideración de cláusulas impuestas o abusivas.

A la luz de tales principios no pueden ser consideradas abusivas “aquellas cláusulas contractuales prerredactadas respecto de las que, sin embargo, puede afirmarse que han sido tenidas en cuenta por los adherentes, en cuanto grupo, a la hora de adoptar su decisión de contratar y, por tanto, han quedado sometidas a la acción de los mecanismos de control del mercado y la competencia; o si se prefiere, aquellas cláusulas predispuestas que han sido o pueden razonablemente considerarse seleccionadas o, mejor, reflexionadas, ponderadas y, en consecuencia, consentidas por los adherentes”¹¹.

Resulta lógico que quien se decide a celebrar un contrato, sabe al

¹¹ PAGADOR LÓPEZ, Javier, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, p. 277.

menos qué es lo que va a adquirir y qué precio está dispuesto a pagar por ello. Cualquier cuestionamiento respecto de estos elementos puede ser revisado en base a la aplicación de remedios tradicionales (por ej.: lesión), mas no a través del prisma de las cláusulas abusivas propio del régimen de la ley 24.240. ¿Quién podría seriamente calificar de abusiva aquella cláusula que delimita o describe con claridad y precisión el objeto del contrato?¹²

Otro tipo de cláusulas contractuales que pueden estar insertas en contratos por adhesión y que sin embargo escapan a la calificación de abusivas son aquellas que pueden considerarse razonablemente que han sido conscientes y plenamente consentidas por el consumidor o usuario, esto es, que han sido realmente conocidas, valoradas y tenidas en cuenta a la hora de adoptar la decisión de formalizar el contrato. Por supuesto que ello implica reconocer que el predisponerte ha cumplido acabadamente con su deber de información precontractual.

“Nos estamos refiriendo ahora a aquellos tipos de cláusulas respecto de los que puede afirmarse que han sido verdaderamente objeto de selección, reflexión o estudio por parte de los adherentes, o sea, respecto de los que puede afirmarse de manera razonablemente segura que han sido tomadas en consideración a la hora de adoptar la decisión de contratar con uno u otro operador profesional del mercado y, por tanto, que han sido consentidas, o sea, efectivamente conocidas, admitidas y queridas”¹³.

Claro que ambos tipos de cláusulas necesariamente deben cumplir dos requisitos: el requisito de perceptibilidad y comprensibilidad y el requisito de entrega o carácter accesible de las condiciones generales.

Así por ejemplo en el contrato de seguro, no podemos dejar de hacer referencia a las cláusulas de delimitación del riesgo cubierto. Éstas no son cláusulas limitativas de los derechos del asegurado por lo que no encuadran en la tipificación del artículo 37 de la ley 24.240.

¹² Para comprender las diferencias entre objeto del negocio jurídico y el objeto de las obligaciones, ver de BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986.

¹³ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas* cit., p. 288. Del mismo autor puede consultarse *La Directiva Comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.

En realidad, este tipo de cláusulas determinan o delimitan cuál es el riesgo cubierto por el asegurador. Como tales, regulan uno de los elementos esenciales del contrato (el riesgo cubierto por el asegurador, en función del cual se calcula nada menos que la prima para toda una masa de asegurados).

Sánchez Calero con alusión al Derecho español escribe que se deben destacar las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y los riesgos excluidos de cobertura; es decir, cláusulas limitativas serían las que recortasen o mermasen los derechos correspondientes al asegurado dentro del riesgo objeto del contrato de seguro, mientras que cláusulas de delimitación del riesgo serían las que determinarían cuáles son los riesgos incluidos y cuáles los excluidos de la cobertura, de tal forma que sólo de modo reflejo o indirecto limitarían (mejor, delimitarían) los derechos correspondientes al asegurado¹⁴.

El considerando 19 de la Directiva Europea sobre cláusulas abusivas establece que en los casos de contratos de seguros, las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación (del carácter abusivo), ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor.

Sobre el particular, resultan sumamente clarificadoras las palabras de la jurista y juez de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza Aída Kemelmajer de Carlucci en el caso “Martínez Hnos.” de junio de 2003. En dicho decisorio, la eminente jurista cita un antecedente del mismo tribunal en el cual se dijo:

El contrato de seguro debe mencionar el riesgo asegurado. Normalmente, una cláusula prevé el riesgo genérico a cubrir (por ej., incendio) y luego señalan diversas hipótesis que van acotando el ámbito dentro del cual regirá la cobertura otorgada (por ej., se excluyen incendios producidos por actos de terrorismo). O sea, normalmente, la individualización del riesgo se hace con indicaciones positivas y luego, indicaciones negativas ayudan a la individualización.

¹⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, en *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, Madrid, 1981, vol. 1, p. 76.

La determinación, entonces, implica dos fases:

- La individualización del riesgo, consistente en la indicación de la naturaleza del hecho de cuyas consecuencias se busca amparo (incendio, robo, granizo, muerte, etc.).
- La delimitación del riesgo que resulta de la fijación de límites concretos a ese riesgo¹⁵.

Luego de dicho razonamiento, el fallo concluye:

Cuando la delimitación de ese riesgo es de naturaleza convencional, aparecen las llamadas cláusulas de exclusión de cobertura o de no seguro o no garantía. Estas cláusulas “señalan hipótesis que, o bien resultan inasegurables, o bien son intensamente agravantes del riesgo y por ello son colocadas fuera de la cobertura. Otras veces constituyen simples menciones objetivas de lugares, personas o cosas, dirigidas a fijar ámbitos en los que no operará el seguro” (conf. Stiglitz-Stiglitz, *Seguro contra la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, N° 137, ps. 280 y ss.). En otros términos, la delimitación del riesgo consiste en excluir o restringir los deberes del asegurador por la no asunción de alguno o algunos riesgos; implica un no seguro, ausencia de tutela o garantía, la existencia de daños no asumidos (Soler Aleu, Amadeo, *El nuevo contrato de seguros*, Buenos Aires, Astrea, 1970, p. 66).

Ha enunciado en similar orientación el máximo tribunal de Neuquén:

“La delimitación del riesgo asegurado –en el caso, se eximió de responsabilidad a la aseguradora al considerarse que la muerte de la menor tuvo como una de sus causas el hecho de que en el auto viajaran más personas que las permitidas, exclusión que estaba fijada en el contrato de seguro– consiste en excluir o restringir los deberes del asegurador por la no asunción de alguno o algunos riesgos, es decir, que estas cláusulas no atribuyen directamente derechos ni obligaciones sino que su función consiste en describir el ámbito dentro del cual el seguro brindará su amparo”¹⁶.

¹⁵ SCJ de Mendoza, sala I, 9-6-2003, “Martínez Hnos. y ot. en j° 102.251 Lucero, Oscar Ramón c/Raúl Alberto Martínez y ot. p/d. y p. s/cas.”, E. D. del 17-2-2004, p. 6; RCyS 2004-II-119 y L. L. Gran Cuyo 2003 (diciembre), 854.

¹⁶ TSJ de Neuquén, 8-6-2004, “Orlandi, Alicia c/Betancur, Carlos y otro”, L. L. Patagonia 2004 (octubre), 582.

Obvio que lo que venimos diciendo es de aplicación cuando el contrato está redactado de manera clara, transparente, comprensible. Cuando una simple lectura de sus cláusulas es suficiente para determinar los principales derechos y obligaciones de las partes. En este sentido, no pueden admitirse aquellas cláusulas sorpresivas, inusuales o insólitas que pueden aparecer subrepticamente en las condiciones generales. “La doctrina ha señalado que un grupo de cláusulas sorprendentes son aquellas que por su trascendencia en la economía del contrato, es imprescindible que no pasen desapercibidas para el consumidor o usuario [...] Es por ello que se ha extendido universalmente la exigencia de que determinadas cláusulas por su relevancia se hallen impresas de tal suerte que llamen la atención, que no pasen inadvertidas, carga que recae sobre el predisponente”¹⁷.

Un claro ejemplo de lo que venimos exponiendo es la llamada *cláusula claims made* incorporada en los seguros de responsabilidad civil profesional, que ha sido cuestionada por un sector de la doctrina nacional¹⁸. En la actualidad, las empresas aseguradoras que comercializan pólizas con dicha modalidad contractual lo hacen cumpliendo con el deber de información, a tal punto que suelen incluir en el frente de la póliza una advertencia destacada sobre dicha modalidad, sin perjuicio de que en el texto de la póliza dicha cláusula también se encuentra especialmente destacada.

Al hablar de estos temas, puede que alguien se sienta tentado de descalificar nuestras preocupaciones tildándolas de “intereses puramente economicistas”. Es que como se ha sostenido “el Derecho, como ordenamiento social justo, debe privilegiar las ideas contemporáneas que giran en derredor de un criterio solidarista que tiende a posibilitar la realización individual en el contexto social. En tal sentido no cabe desentenderse de la desgracia ajena y priorizar intereses puramente economicistas, dejando de lado la reparación del daño injustamente padecido”¹⁹. Pero tampoco se nos escapa que la propia Corte Suprema

¹⁷ CNCom., sala A, 8-6-2006, “Banco Río de la Plata SDA c/N., R. y otro s/Sumario”, *www.elDial.com* del 24-8-2006.

¹⁸ STIGLITZ, Rubén, *Un antecedente sobre la ilicitud de la cláusula “claims made”*, en L. L. del 1-10-2003.

¹⁹ Acuerdo Plenario de la CNCiv., 13-12-2006, dictado en autos “Obarrio, M. P.

de Justicia de la Nación echó mano de argumentos economicistas para no declarar la inconstitucionalidad de la mayor aberración jurídica de los últimos años, nos referimos a la “*confiscación*” de depósitos bancarios del año 2002. Atilio Alterini considera que la Corte Suprema tomó en cuenta el impacto macroeconómico que habría tenido la declaración de inconstitucionalidad del régimen confiscatorio implementado en enero de 2002²⁰.

En definitiva todo es perfectible. Y en ese camino hay que distinguir lo que resulta necesario reformar de lo que ya es normativa, doctrina y jurisprudencia consolidadas pero que resultan erróneamente aplicadas.

Como ejemplo de lo primero podemos mencionar el artículo 45 de la ley 24.240 que regula el procedimiento administrativo ante la autoridad de aplicación de la ley²¹ y que puede ser objeto de sustancial

c/Microómnibus Norte SA s/Daños y perjuicios”. En dicho Acuerdo se resolvió que “En los contratos de seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, la franquicia como límite de cobertura –fijada en forma obligatoria por la autoridad de control de la actividad aseguradora conforme a la Resolución N° 25.429/97– no es oponible al damnificado (sea transportado o no)”. Por nuestra parte pensamos que la solución sería una cobertura asegurativa más amplia o sin franquicia, claro que ello implicaría un mayor costo del seguro que se reflejaría en un aumento del precio del boleto del transporte de pasajeros, pero claro que ello es inviable por cuanto –ahora sí aparecen los argumentos economicistas– un criterio solidarista que tiende a posibilitar la realización individual en el contexto social impide un aumento en el costo del boleto. Vaya paradoja.

²⁰ ALTERINI, Atilio Aníbal, *La Corte Suprema y las emergencias argentinas*, en *La Nación* del 13-2-2007, p. 15. Nos vemos tentados de transcribir el último párrafo de su ensayo: “Pero la construcción del Estado de Derecho no depende exclusivamente de los jueces, pues la emergencia suele estar provocada por la ineptitud, la torpeza, la banalidad, el capricho, la mezquindad política, la astenia del patriotismo, cuando no la corrupción, de malos gobernantes”.

²¹ *Artículo 45. Actuaciones Administrativas.* La autoridad nacional de aplicación iniciará actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de la presente ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que en consecuencia se dicten, de oficio o por denuncia de quien invocare un interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores.

Previa instancia conciliatoria, se procederá a labrar acta en la que se dejará constancia del hecho denunciado o verificado y de la disposición presuntamente infringida.

En la misma acta se dispondrá agregar la documentación acompañada y citar al

mejora. Así por ejemplo, sólo admite la apelación contra la resolución que impone sanciones, mas no existe recurso alguno contra aquella que rechaza la denuncia o la que lisa y llanamente paraliza el sumario

presunto infractor para que, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, presente por escrito su descargo y ofrezca las pruebas que hacen a su derecho.

Si se tratare de un acta de inspección, en que fuere necesaria una comprobación técnica posterior a los efectos de la determinación de la presunta infracción y que resultare positiva, se procederá a notificar al presunto responsable la infracción verificada, intimándolo para que en el plazo de cinco (5) días hábiles presente por escrito su descargo. En su primera presentación, el presunto infractor deberá constituir domicilio y acreditar personería.

Cuando no acredite personería se le intimará para que en el término de cinco (5) días hábiles subsane la omisión bajo apercibimiento de tenerlo por no presentado.

La constancia del acta labrada conforme a lo previsto en este artículo, así como las comprobaciones técnicas que se dispusieren, constituirán prueba suficiente de los hechos así comprobados, salvo en los casos en que resulten desvirtuados por otras pruebas.

Las pruebas se admitirán solamente en casos de existir hechos controvertidos y siempre que no resulten manifiestamente inconducentes. Contra la resolución que deniegue medidas de prueba sólo se concederá el recurso de reconsideración. La prueba deberá producirse entre el término de diez (10) días hábiles, prorrogables cuando haya causas justificadas, teniéndose por desistidas aquellas no producidas dentro de dicho plazo por causa imputable al infractor.

En el acta prevista en el presente artículo, así como en cualquier momento durante la tramitación del sumario, la autoridad de aplicación podrá ordenar como medida preventiva el cese de la conducta que se reputa en violación de esta ley y sus reglamentaciones.

Concluidas las diligencias sumariales, se dictará la resolución definitiva dentro del término de veinte (20) días hábiles.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, la autoridad de aplicación gozará de la mayor aptitud para disponer medidas técnicas, admitir pruebas o dictar medidas de no innovar.

Contra los actos administrativos que dispongan sanciones se podrá recurrir por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, o ante las cámaras federales de apelaciones con asiento en las provincias, según corresponda de acuerdo al lugar de comisión del hecho.

El recurso deberá interponerse ante la misma autoridad que dictó la resolución, dentro de los diez (10) días hábiles de notificada y será concedido en relación y con efecto suspensivo, excepto cuando se hubiera denegado medidas de prueba, en que será concedido libremente.

Las provincias dictarán las normas referidas a la actuación de las autoridades administrativas locales, estableciendo un régimen de procedimiento en forma compatible con el de sus respectivas Constituciones.

sin explicación alguna. En el ejercicio profesional hemos podido advertir que esto permite a la autoridad de aplicación en algunos casos un manejo arbitrario, impulsando aquellos casos en los que existe mayor interés político o de otra naturaleza, y dejando en el olvido aquellos en los que exista otro tipo de intereses. Así por ejemplo, en casos en que hemos intervenido en forma personal, frente a denuncias interpuestas ante la autoridad de aplicación, han pasado varios años sin recibir notificación sobre la suerte del sumario, mientras que en casos similares, en pocos días la autoridad ha aplicado multas por montos que realmente sorprenden. Es que como bien se ha dicho, hay que controlar a quienes controlan, y por ahora, el único control que existe es el que resulta de la apelación limitada a los casos en que se ha impuesto sanción.

Como ejemplo de lo segundo, recordamos algunos fallos en los que se ha aplicado erróneamente el Derecho²², o la carencia de fun-

²² Leíamos un fallo anotado por María Fabiana Compani referido a un caso de responsabilidad civil médica contractual, ya que se trataba de un reclamo efectuado por el propio paciente contra los médicos que lo habían atendido. La sentencia de Cámara revoca el fallo del juez de primera instancia señalando: “en estos términos corresponderá admitir el recurso y, en la medida expuesta, hacer lugar a la demanda, declarando la *responsabilidad solidaria* de los médicos intervinientes aquí demandados...” La actora había demandado al sanatorio y a dos médicos por daños y perjuicios derivados de una negligente atención médica en el tratamiento de una hernia de disco. No creemos necesario ilustrar al lector sobre las diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, como tampoco entre el régimen de las obligaciones solidarias, simplemente mancomunadas y las llamadas *in solidum* o concurrentes. A esta altura de los tiempos pensamos que no es discutible –al menos *de lege data*– que en un caso como el resuelto los médicos no deben responder en forma solidaria, sino a lo sumo en forma concurrente. Se dirá también que las diferencias entre las obligaciones solidarias y las *in solidum* son muy pocas, “pero que las hay, las hay”. Justamente el profesor Andorno fue uno de quienes más estudió esta clasificación de las obligaciones. Lo peor de todo es que en el fallo no encontramos una sola línea que justifique la condena en forma solidaria. Tratándose de un caso en el cual se está juzgando nada menos que la conducta profesional de un grupo de médicos, entendemos que debemos ser perfeccionistas en la aplicación del Derecho. Si juzgamos la conducta de un profesional, cualquiera sea su ciencia o disciplina, a la luz de los criterios jurídicos, debemos predicar con el ejemplo y llevar a la máxima perfección nuestro razonamiento sin permitirnos error alguno. El fallo a nuestro criterio puede ser objeto de muchas otras críticas, pero que caen dentro del terreno de lo opinable. Lo que creemos que no resulta opinable es el régimen de las obligaciones solidarias, simple-

damentación es tan alarmante que implica una simple denegación de justicia. Cuando ello ocurre en segunda instancia, la situación es lisa y llanamente deprimente, teniendo en cuenta que la doctrina de la arbitrariedad como vía para la apertura de instancias extraordinarias está cada día más acotada.

Uno de los temas que mayores inconvenientes presenta en materia de responsabilidad civil es el referido a la determinación y cuantificación del daño a la persona, y muy particularmente la diferencia de criterios existente en los tribunales e incluso, a veces, entre fallos de un mismo tribunal. En la materia no sólo debe haber una prolija fundamentación sino que se deben buscar criterios en común para despejar la inseguridad jurídica que genera la disparidad existente. Esta disparidad atenta contra las propias víctimas pues dificulta las transacciones ante la falta de pautas referenciales. Lo expuesto se agrava frente a fallos en los que se fijan indemnizaciones globales sin discriminación alguna en cuanto rubros y mucho menos fundamentación en lo que hace a montos.

El tema del daño a la persona es una asignatura pendiente y por eso será materia de pronto tratamiento en las próximas Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Pero por ahora, lo menos que se puede pedir de los tribunales es que den una fundamentación adecuada, teniendo siempre en cuenta las particularidades del caso concreto. En este sentido nos permitimos citar un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según el cual “si bien es cierto que la sentencia que condena a pagar indemnización en concepto de daños y perjuicios a raíz de un accidente de tránsito decide cuestiones ajenas a la instancia de excepción, tal principio cede cuando el tribunal a quo ha omitido considerar circunstancias de la causa conducentes para la solución del caso. Ello ocurre si, para fijar la indemnización por frustración de la ayuda económica, no se tuvo en cuenta que la víctima no contribuiría

mente mancomunadas y concurrentes. El fallo y el comentario pueden verse en el ejemplar del diario L. L. del 13-2-2007. Sobre las consecuencias prácticas de la distinción aconsejamos la lectura del fallo de la SCJBA, 14-6-2006, en autos “Monteagudo, E. c/Hospital Zonal General de Agudos Petrona Villegas s/Daños y perjuicios”, en particular el voto del Dr. Roncoroni.

con la totalidad de sus ingresos, omisión ésta que impide considerar al fallo como acto judicial válido”²³.

Muchas otras cosas quedan en el tintero, se trata por ahora de algunas preocupaciones que planteamos en ese café compartido con nuestro querido maestro. Lamentablemente ya no lo tenemos entre nosotros para poder conocer su mesurada opinión. Pero en respeto a quienes nos han precedido, no podemos menos que seguir estudiando y seguir pensando, dos actividades bastante menospreciadas en la hora actual de nuestro país.

²³ CSJN, en autos “Piergiovanni de Gadaleta c/Pérez”, *Fallos*: 300:386.

COLABORACIÓN EN EL NEGOCIO AJENO

por MARIO ANTONIO ZINNY

*A la querida memoria
de LUIS ANDORNO*

SUMARIO: 1. Colaboración en el negocio ajeno. 2. La confusión entre mandato, apoderamiento y poder de representación. 3. El mandato como contrato fuente de los derechos y obligaciones del mandante y el mandatario. 4. Transferencia al mandante de los efectos del negocio celebrado por el mandatario. 5. El apoderamiento como negocio unilateral y abstracto, fuente del poder de representación. 6. Clasificación de los poderes según el objeto (general y total, general amplio, general y parcial, especial y múltiple, especial y único). 7. Clasificación de los poderes según el sujeto (individual o colectivo con ejercicio indistinto, conjunto o alternado). 8. Clasificación de los poderes según los intereses en juego. "Autocontrato" o "contrato consigo mismo". 9. Fuentes de la llamada representación "legal" (patria potestad, tutela, curatela). 10. Representación sin poder o excediendo sus límites. Ratificación. 11. Vicisitudes del poder de representación (modificaciones objetivas, subjetivas y relativas al vínculo). La sustitución del apoderado como modificación subjetiva. 12. Extinción del poder de representación. 13. Poderes irrevocables, póstumos y *mortis causa*. Conceptos generales. 14. Poder irrevocable y póstumo, en razón de los intereses en juego (Cód. Civ., arts. 1977 y 1982). 15. Poder póstumo, en razón de encontrarse pendiente de cumplimiento una obligación contraída por el apoderado (Cód. Civ., arts. 1980, 1981 y 1969). 16. Poder *mortis causa* (Cód. Civ., art. 1983).

1. Colaboración en el negocio ajeno

Suele ocurrir que el propio interesado no se encuentre en condiciones de celebrar su negocio, porque se lo impide la distancia que lo separa

de la contraparte o por su falta de tiempo para reunirse con ella, en cuyo caso recurre a un mandatario o a un apoderado.

Y como a las figuras jurídicas no hay que considerarlas como si estuvieran en el aire y aisladas, sino dentro del campo del Derecho al que pertenecen, donde se encuentran rodeadas de las que les son afines, advirtamos que: a) el mandatario y el apoderado ocupan su lugar dentro del campo de la colaboración en el negocio ajeno, donde conviven con los padres, el tutor y el curador que representan al incapaz legal de obrar; b) el experto que asiste o auxilia a la parte que carece de las cualidades técnicas que las tratativas del negocio exigen; el gestor de negocios; el estipulante a favor de tercero, y el administrador fiduciario. Junto a ellos se encuentran, además, quienes colaboran formalmente con los interesados, como el notario que redacta las cláusulas del negocio, el mediador que los acerca, el intérprete que traduce la declaración emitida en idioma extranjero, el mensajero que entrega el documento donde obra la que se emite por escrito y el nuncio que transmite la declaración oral.

2. La confusión entre mandato, apoderamiento y poder de representación

Entre nosotros es frecuente confundir al mandato (contrato que celebran el mandante y el mandatario) con el apoderamiento (negocio unilateral celebrado por el poderdante); el apoderamiento, con el derecho que origina (poder de representación); y éste, con el documento que prueba el apoderamiento.

Lamentablemente, la confusión no es ajena al Código Civil, que contribuye a fomentarla cuando define al mandato como contrato mediante el cual “...una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla...” (art. 1869); por su parte, el Código de Comercio aporta lo suyo insistiendo en que el mandato comercial “se llama especialmente mandato, cuando el que administra el negocio obra en nombre de la persona que se lo ha encomendado” y se llama “comisión” o “consignación” cuando obra en nombre propio (art. 222).

Y por eso no cabe extrañarse ante el hecho de que en el Registro de la Propiedad Inmueble de Santa Fe, 2ª Circunscripción, con asiento

en Rosario, funcionara durante años la llamada “Sección Mandatos”, pese a que en ella no se inscribió jamás mandato alguno (las escrituras que pretendidamente estaban destinadas a instrumentarlo fueron siempre concedidas por un único otorgante, con lo que en el mejor de los casos eran ofertas de mandato, de cuya aceptación, por otra parte, el Registro jamás tuvo noticia). Apuntemos aquí que a fines de 1980, el director Octavio Maino cambió el nombre de la Sección por el más apropiado de “Representaciones”, y que ésta ha sido recientemente suprimida.

A la vez, la confusión entre apoderamiento y poder de representación se manifiesta en el artículo 1184, inciso 7º, del Código Civil, que dispone que “Deben ser hechos en escritura pública [...] los poderes generales o especiales...”, lo que explica que las escrituras de apoderamiento se denominen escrituras de “Poder” (no hace falta decir que llamarlas así equivale a llamarlas escrituras de “Dominio” a las de venta).

La confusión, en fin, entre el apoderamiento y el documento que lo prueba queda de manifiesto en el artículo 1877 del mismo Código, que alude a la entrega del *poder*, que en todo caso se adquiere, ejerce, modifica y extingue, pero jamás puede entregarse como si fuera una cosa.

¿Cómo se origina esta confusión? Aporta lo suyo el positivismo en el análisis de nuestros Códigos. Influye además, tal vez, el hecho de que nuestra formación jurídica no ha venido incluyendo, al menos en la medida necesaria, a quienes explican con claridad el tema que nos convoca, que son Francesco Messineo¹, Emilio Betti² y Francesco Cariota Ferrara³.

¿Por qué los hemos venido leyendo tan poco? Porque se expresan con una terminología rigurosa y técnica, que no siempre dominamos... Y por eso suele ocurrir que al leerlos por primera vez pensamos: “Este hombre es incomprendible [...] Por favor [...] qué confuso,

¹ MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, trad. de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, Europa-América, Buenos Aires, 1952, t. I, ps. 236 y ss.

² BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, ps. 418 y ss.

³ CARIOTA FERRARA, ob. cit., ps. 577 y ss.

qué complicado, qué poco práctico...” Sin caer en la cuenta de que los confundidos somos nosotros.

3. El mandato como contrato, fuente de los derechos y obligaciones del mandante y el mandatario

Por mandato cabe entender el contrato mediante el cual una parte (mandante) encomienda a la otra (mandatario) que celebre uno o más actos o negocios jurídicos por cuenta de ella.

Del mandato surge una relación jurídica interna que vincula a las partes y se describe en los artículos 1904 a 1940 del Código Civil (*Obligaciones del mandatario*) y 1941 a 1959 del mismo Código (*Obligaciones del mandante*). Se la describe, además, en los artículos 232 a 281 del Código de Comercio (*De las comisiones o consignaciones*).

El mandato puede ser expreso o tácito, y documentarse en instrumento público o privado, por carta y también verbalmente (Cód. Civ., arts. 1873 a 1878).

¿Cómo imaginar al mandato para tener una noción de él lo suficientemente clara, que nos permita distinguirlo de las figuras linderas sin necesidad de recurrir a reglas nemotécnicas? Atendiendo a que entre nosotros no suele ser frecuente que se lo instrumente ante notario, nos permitimos imaginarlo como a dos personas sentadas a la mesa de un bar, con una diciéndole en voz baja a la otra: “Andá, callado, y comprale el terreno a Juan. Llegá hasta X pesos y, en cuanto te diga que sí, lo escriturás a tu nombre. Luego, cuando te lo solicite, me rendís cuentas y me lo transferís. ¿De acuerdo?” “De acuerdo”, responde el mandatario. Y el mandante: “Bien. Vamos entonces a casa, así te entrego el dinero, incluyendo lo necesario para los gastos de la escritura”.

4. Transferencia al mandante de los efectos del negocio celebrado por el mandatario

Los efectos del negocio o negocios celebrados por el mandatario se producen, claro está, en su propia esfera de intereses, en tanto no invoque el nombre del mandante (Cód. Civ., art. 1929; Cód. de Com.,

art. 233). Y de allí que deba transferirlos a éste, rindiéndole cuentas (Cód. Civ., arts. 1909 y 1911; Cód. de Com., art. 277).

Entre nosotros el mandato suele ser privadamente instrumentado, en forma de “contradocumento” mediante el que el mandatario se obliga a transferir al mandante los derechos adquiridos. Ello se debe a que los motivos por los que el mandatario negocia en su propio nombre, al menos en materia inmobiliaria, suelen ser *non sanctos* (sustraer los bienes a la acción de los acreedores del mandante, lo que también ocurre cuando éste simula transferirlos al mandatario; ocultarle al vendedor que quien está adquiriendo el inmueble es, en realidad, su vecino, etc.). En *Bonsenbiente*⁴ ofrecemos como caso de motivación lícita el del adquirente solvente que prefiere el anonimato para evitar que los amigos de lo ajeno le rapten un hijo o un nieto.

La transferencia al mandante de los bienes adquiridos por el mandatario ha dado lugar a no pocas dificultades para decidir el tipo de negocio traslativo. Y no hace falta decir que mal puede recurrirse a la compraventa o a la donación, como se acostumbra, ya que no existen precio ni liberalidad algunos. Corresponde, en cambio, que los bienes sean transferidos a título de rendición de cuentas del mandato, conforme a los citados artículos 1909 y 1911 del Código Civil, y 277 del Código de Comercio⁵.

No hace falta decir que mientras los bienes estén inscriptos a nombre del mandatario, el mandante corre el riesgo de que los acreedores de aquél lo inhiiban, o lo embarguen. Tampoco es necesario aclarar que el carácter no oneroso de la transferencia a favor del mandante y la consiguiente desgravación impositiva tornan necesario que el mandato cuente, al menos, con fecha cierta.

5. El apoderamiento como negocio unilateral y abstracto, fuente del poder de representación

Por apoderamiento cabe entender el negocio unilateral y abstracto mediante el que el poderdante confiere al apoderado el poder de representarlo para celebrar, en su nombre, uno o más negocios jurídicos.

⁴ Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 219.

⁵ El proyecto de la escritura puede consultarse en el citado *Bonsenbiente*, p. 221.

El apoderamiento origina una relación externa (poder de representación) que vincula al poderdante y al apoderado con los terceros con quienes éste negocia, invocando el nombre de aquél; de donde resulta que los derechos y las obligaciones que surgen de los negocios así celebrados son directamente adquiridos por el poderdante (Cód. Civ., arts. 1930 y ss.).

Por otra parte, el poderdante y el apoderado están vinculados por una relación interna originada en un negocio causal, que por lo general es un mandato, pero bien puede ser una locación de servicios o de obra, un contrato de trabajo, un acuerdo constitutivo de sociedad, etcétera.

Agreguemos que el apoderamiento es unilateral porque cuenta con una única parte, como el testamento o el pagaré; y es abstracto toda vez que en él no se mencione al negocio causal que origina la aludida relación interna. Como consecuencia de la abstracción, la invalidez o la ineficacia del negocio causal y la consiguiente inexistencia o extinción de la relación interna no afectan al apoderamiento. Y viceversa, la invalidez o la ineficacia de éste y la consiguiente extinción de la relación externa no afectan al negocio causal⁶.

En lo que respecta a la forma del apoderamiento, deben ser otorgados en escritura pública: a) los generales o especiales para pleitos; b) los generales para administrar bienes y c) los que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública (Cód. Civ., art. 1184, incs. 7° y 10). En cuanto al apoderamiento especial para pleitos, cabe tomar en cuenta que los códigos procesales suelen admitir que se lo otorgue ante el secretario del juzgado (así, el Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe, art. 41). Y en lo que se refiere a los apoderamientos que restan, apuntemos que la forma es libre, por analogía con el mandato y según lo dispuesto para éste en los artículos 1873 a 1878 del Código Civil.

Si al mandato lo hemos imaginado como a dos personas celebrándolo en la mesa de un bar, en voz baja, al apoderamiento cabe pensarlo como el poderdante diciendo en voz alta: “Sepan quienes estén inte-

⁶ Conf. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico* cit., p. 435, nota 3; entre nosotros, en idéntico sentido, SÁNCHEZ URITE, Ernesto A., *Mandato y representación*, 2ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, ps. 198 y 199; en contra, CARIOTA FERRARA, ob. cit., p. 166.

resados que Fulano es mi representante, y que por consiguiente adquiriré en forma directa todos los derechos y obligaciones originados en los negocios que él celebre invocando mi nombre”.

6. Clasificación de los poderes según el objeto (general y total, general amplio, general y parcial, especial y múltiple, especial y único)

a) *General y total*. Se da cuando el poderdante pretende que el poder “sirva para todo”, sin limitación alguna. Y es por eso que la redacción, en este caso, es de un tenor parecido al siguiente: “...confiere poder general de representación a... para que en su nombre administre y disponga de todos sus bienes, confiriéndole al efecto las más amplias facultades, entre las que a título meramente enunciativo se citan...”

Y aquí cabe apuntar que el poder concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración (Cód. Civ., art. 1880), por lo que no queda más remedio que enunciar, uno a uno, a los de disposición. Y como si sólo se enuncian éstos no faltará quien observe que los de administración no están incluidos, sólo resta intentar enumerarlos a todos.

Apuntemos también que de este principio, opuesto a la síntesis para proteger al poderdante, se exceptúan los poderes para pleitos, toda vez que así lo disponga el Código Procesal respectivo.

Lo hace el de Santa Fe, cuando en el artículo 44 establece que “el poder para estar en juicio, sea general o para un asunto determinado, comprende todas las facultades necesarias para realizar todos los actos de procedimiento establecidos en este código”; y el de Buenos Aires, que otro tanto dispone en el artículo 51, aunque limitándolo al poder conferido para un asunto determinado, poder que, “cualesquiera sean sus términos, comprende la facultad de interponer los recursos legales y seguir todas las instancias del pleito. También comprende las facultades de intervenir en los incidentes y de ejecutar todos los actos que ocurran durante la secuela de la litis, excepto aquellos para los cuales la ley requiera facultad especial, o se hubiesen reservado expresamente en el poder”.

Por otra parte, hay actos que deben ser excluidos de la enunciación, porque sólo pueden ser celebrados por el propio interesado, como el matrimonio (Cód. Civ., art. 172) y el testamento (Cód. Civ., art. 3619). Y alguno que exige enunciar el tipo de negocio y, además, determinar el bien objeto de éste, como la donación (Cód. Civ., art. 1807, inc. 6º).

b) *General amplio*. El caso se da cuando el poderdante, convenientemente asesorado, no insiste en conferir el poder “general y total”, limitándolo en parte, con lo que la redacción pasa a ser: “...confiere poder general de representación a ... para que en su nombre administre y disponga de todos sus bienes, con la excepción de transferirlos a título gratuito, comprometerlos en garantía de operaciones de terceros y absolver posiciones, confiriéndole al efecto las más amplias facultades, entre las que a título meramente enunciativo se citan...”

c) *General y parcial*. Aquí se enuncia una categoría de actos, o varias, sin determinar su objeto: “...confiere a ... poder general de representación para que en su nombre administre sus bienes (o los dé en locación, los transfiera a título oneroso, etc.), confiriéndole al efecto las más amplias facultades, entre las que a título meramente enunciativo se citan...”

Este poder, que suele ser calificado de “especial” sin serlo, basta para dar por cumplida la exigencia del artículo 1881 del Código Civil. Y cabe tomar en cuenta que no se extiende a los actos análogos aunque estos pudieran considerarse como una consecuencia natural de los actos encomendados (Cód. Civ., art. 1884); así, el poder para vender no comprende el de recibir el precio de la venta (Cód. Civ., art. 1883).

d) *Especial y múltiple*. La diferencia entre este caso y el anterior radica en la determinación del objeto de los actos encomendados, determinación que es la que distingue al poder general del especial, que se redacta en estos términos: “...confiere a... poder especial de representación para que en su nombre venda: 1) la fracción de campo ubicada en..., que según plano ... se describe como lote ... etcétera, etcétera; 2) y el automotor marca ..., año ..., patente ..., motor ..., confiriéndole al efecto las más amplias facultades, entre las que a título meramente enunciativo se citan...”

e) *Especial y único*. Este caso, diametralmente opuesto al del poder general y total, está limitado a un acto con su correspondiente objeto,

ambos específicamente determinados: “...confiere a ... poder especial de representación para que en su nombre venda la fracción de campo ubicada en ..., que según plano ... se describe como lote ... etcétera, etcétera, confiriéndole al efecto las más amplias facultades, entre las que a título meramente enunciativo se citan...”

7. Clasificación de los poderes según el sujeto (individual o colectivo con ejercicio indistinto, conjunto o alternado)

Por otra parte, según el número de apoderados y conforme a los artículos 1899 a 1903 del Código Civil, los poderes pueden ser individuales o colectivos. Individual es el conferido a un apoderado; colectivo, el conferido a varios, sea en forma indistinta (cualquiera puede ejercerlo y obligar al poderdante), conjunta (para obligar al poderdante deben ejercerlo todos) o alternada (debe ejercerlo uno y a falta de éste, otro).

Y por cierto que el poder colectivo brinda al poderdante la posibilidad de conferirlo en forma diferente según los negocios de que se trate (así, indistinta para administrar y conjunta para disponer).

8. Clasificación de los poderes según los intereses en juego. “Autocontrato” o “contrato consigo mismo”

La actuación en nombre ajeno caracteriza esencialmente al poder de representación. En cuanto al interés o a intereses en juego, la cuestión presenta variantes que el artículo 1892 de nuestro Código Civil contempla, subdividiéndola según que el apoderado actúe:

- a) En interés del poderdante (*mandatum mea gratia*);
- b) en interés común del poderdante y el apoderado (*mandatum mea et tua gratia*);
- c) en interés de un tercero (*mandatum et aliena gratia*);
- d) en interés común del poderdante y un tercero (*mandatum mea et aliena gratia*),
- e) y en interés del apoderado (*mandatum tua gratia, procurator in rem suam*).

Esta variante, la del apoderado que actúa en nombre ajeno satisfaciendo su propio interés, parece ser rechazada en la parte final del citado artículo 1892 (“El mandato puede tener por objeto uno o más negocios de interés exclusivo del mandante [...] pero no en el interés exclusivo del mandatario”). Sin embargo, la exclusión se funda en el hecho de concebir a la figura como incitación o consejo del mandante⁷. Es más, como luego veremos, esta variante es una de las que posibilitan la irrevocabilidad del poder.

Por otra parte, la contemplada en el inciso b (poder conferido en interés del poderdante y el apoderado) da pie al llamado “autocontrato” o “contrato consigo mismo”, que se concreta, por ejemplo, cuando el apoderado vende en nombre del poderdante y compra en nombre propio. Se da, también, en los casos de doble representación (un solo apoderado actúa representando tanto a la parte vendedora como a la parte compradora).

En la sociedad se da el caso de una persona integrada por varios seres humanos, y en el de los condóminos el de la parte integrada por varias personas. Aquí entra en escena la variante de una única persona jugando el rol de más de una parte (Cariota Ferrara, p. 604).

En principio, el conflicto de intereses y la posibilidad de que ante éste el apoderado haga prevalecer el suyo, basta para que el Derecho no admita este tipo de contratación (Cód. Civ., arts. 1361, inc. 4º, y 1044) y sólo excepcionalmente la deje en pie cuando el apoderado cuenta con la autorización del poderdante (Cód. Civ., art. 1918). Apuntemos que en el Derecho italiano hay otra excepción, que es la del poder cuyas facultades han sido determinadas de un modo que excluya la posibilidad del conflicto (Cód. Civ. italiano, art. 1935).

En materia de sociedades, el contrato “consigo mismo” se da cuando el único que comparece ante el notario es el presidente del directorio, que en ese carácter vende y a la vez, actuando por sí, compra. Y aquí el riesgo del conflicto de intereses se evita mediante el procedimiento

⁷ SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las obligaciones*, 2ª ed., Tea, Buenos Aires, 1957, t. III, p. 137; BETTI, *Teoría general del negocio jurídico* cit., p. 433; MESSINEO, *Doctrina general del contrato* cit., t. I, ps. 244 y 245.

adoptado por los artículos 271 y 272 de la ley 19.550, que exigen que los contratos entre la sociedad y los directores que no se incluyan en la actividad de ésta sean celebrados previa aprobación del directorio tomada sin la intervención del interesado, o con la conformidad de la sindicatura si no existe quórum, todo ad referendum de lo que disponga la asamblea (siempre según los arts. citados, dichos contratos serán nulos si se los celebra sin seguir el procedimiento y la asamblea no los ratifica).

En lo que respecta a la representación legal, el contrato “consigo mismo” no es admitido por el Código Civil en los artículos 61 (representantes de los incapaces), 397, incisos 1º y 4º (representantes de los menores) y 450, incisos 1º, 2º, 3º, 5º y 9º (tutores).

9. Fuentes de la llamada representación “legal” (patria potestad, tutela, curatela)

El poder de representación no siempre se origina en el apoderamiento. Tal el caso del poder de los padres para adquirir bienes por donación o herencia en nombre del hijo concebido, poder que por cierto se origina en el hecho natural de la concepción (Cód. Civ., arts. 264 y 63 y ss.); o del poder de los padres para representarlo mientras sea menor de edad, ejerciendo el que les viene dado por el nacimiento del niño (Cód. Civ., art. 274).

El origen del error de creer que en estos casos la fuente de los poderes es la ley se remonta a aquella clasificación posjustiniana que incluye a la ley entre las fuentes de las “obligaciones” y ha venido induciéndonos a pensar que ella juega un papel similar al de las restantes fuentes que se enuncian –contrato, cuasi contrato, delito y cuasidelito (conf. Betti, *Teoría general de las obligaciones*, 1970, t. II, p. 59).

Representantes son, también, el tutor y el curador, en cuyos casos el poder de representación se origina cuando se los designa como tales (Cód. Civ., arts. 382, 388, 391, 392, 393, 397, 399, 470, 475, 486; ley 14.394, art. 17).

Agreguemos que Betti⁸ concibe al administrador de la sociedad

⁸ BETTI, *Teoría general del negocio jurídico* cit., p. 441.

como representante de ésta, descartando la “representación orgánica” y fijando como fuente de su poder a la decisión de la asamblea de los socios (o a la del directorio que distribuye los cargos, en el caso de la sociedad anónima). En contra, Messineo y Cariota Ferrara⁹.

10. Representación sin poder o excediendo sus límites. Ratificación

El negocio jurídico celebrado en nombre de otro, sin contar con el poder de representarlo, es nulo y no obliga ni a quien lo celebró (Cód. Civ., art. 1161). No obstante, aquel cuyo nombre fue invocado puede convalidarlo mediante ratificación expresa o tácita, en cuyo caso la relación interna que une al “representante” y al “representado” pasa a ser la de la gestión de negocios (Cód. Civ., art. 1162).

Diferente es el caso de quien cuenta con el poder, pero lo ejerce excediendo sus límites, ya que el negocio celebrado sólo se anulará si se prueba que el tercero con quien el apoderado contrató conocía su alcance (Cód. Civ., art. 1931).

11. Vicisitudes del poder de representación (modificaciones objetivas, subjetivas y relativas al vínculo). La sustitución del apoderado como modificación subjetiva

Las relaciones jurídicas se ven afectadas por modificaciones de diferente tipo (objetivas, subjetivas, de los vínculos que unen a personas y cosas, o a las personas entre sí). En el caso del poder de representación, la modificación es objetiva cuando afecta al negocio a celebrar (no adquirir a título de compra sino de permuta, no comprar la cochera del subsuelo sino la de la planta baja); es subjetiva cuando el apoderado sustituye en otro el ejercicio del poder; y afecta al vínculo cuando incide en las facultades (en vez de ejercicio indistinto, ejercicio conjunto con otro apoderado ya designado o que al efecto se designa).

En cuanto a la sustitución, anotemos que el apoderado puede sustituir en otro, total o parcialmente, el ejercicio del poder (Cód. Civ.,

⁹ MESSINEO, *Doctrina general del contrato* cit., t. I, ps. 245 a 248; CARIOTA FERRARA, ob. cit., p. 581, inc. 3°.

art. 1924). Que lo que se sustituye es el representante y que, por consiguiente, la escritura o el instrumento respectivos no debieran nominarse como “Sustitución de poder”, sino como “Sustitución de apoderado”. Quien otorga y firma la escritura, o suscribe el instrumento, es el apoderado sustituyente, que lo hace designando al apoderado sustituto.

Si la sustitución no fue autorizada por el poderdante, el sustituyente responde ante éste por la culpa del sustituto; si fue autorizada sin designación del sustituto, el sustituyente sólo responde si eligió a uno notoriamente incapaz o insolvente (Cód. Civ., art. 1924); si el poderdante designó sustituto y el sustituyente eligió a otro, o se le prohibió la sustitución y pese a ello la celebró, el poderdante no queda obligado y el sustituyente y el sustituto responden frente a terceros (Cód. Civ., art. 1942).

La relación entre apoderado sustituyente y apoderado sustituto es idéntica a la que media entre poderdante y apoderado, que conserva su vigencia (Cód. Civ., art. 1928). El poderdante tiene acción directa contra el sustituto y viceversa (Cód. Civ., art. 1926). La relación entre sustituyente y sustituto se extingue cuando se extingue la que media entre poderdante y apoderado (Cód. Civ., art. 1942).

12. Extinción del poder de representación

En materia de poderes la vicisitud que resta es la extinción, que conforme a los artículos 1960 y 1963 del Código Civil se produce:

a) *Por agotarse el objeto del apoderamiento* (al haber celebrado el apoderado el negocio o los negocios que se le encomendaran). Apuntemos que, como resulta obvio, ésta no es la vía de extinción de los poderes generales.

b) *Por la revocación del poderdante* (Cód. Civ., art. 1970). Este tipo de extinción se funda en la posible pérdida de la confianza que el apoderado le merece, pero está limitada al caso en que el poder se confiere en el exclusivo interés del poderdante (como luego veremos, las variantes en que entran en juego el interés del apoderado o el de un tercero dan pie a la irrevocabilidad).

La revocación se da, asimismo, en materia de negocios como el

testamento, que suele estar motivado por la gratitud o el afecto, mudables, también, con el tiempo y las circunstancias.

La revocación del poder puede ser tácita, lo que ocurre cuando el poderdante nombra un nuevo apoderado para el mismo negocio (Cód. Civ., art. 1971) o interviene directamente en éste (Cód. Civ., art. 1972). En el caso de los poderes generales, el especial posterior los extingue parcialmente en lo que respecta al negocio objeto de éste (Cód. Civ., art. 1975); y tratándose de poderes especiales, el general que se confiere luego los deja sin efecto, siempre que incluya al negocio que fue objeto de los primeros (Cód. Civ., art. 1976). Es innecesario aclarar que la reserva expresa del poderdante manifestando que mantiene el poder original evita la revocación tácita.

La revocación debe ser notificada al apoderado y a los terceros interesados (Cód. Civ., arts. 1964 a 1969). El apoderado debe devolver al poderdante el instrumento que prueba el apoderamiento, siempre que éste lo exija (Cód. Civ., art. 1970).

c) *Por la renuncia del apoderado.* Ésta debe notificarse al poderdante (Cód. Civ., arts. 1964 y ss.). El apoderado responde por el perjuicio que la renuncia origine toda vez que sea intempestiva o sin justa causa (Cód. Civ., art. 1978).

d) *Por el fallecimiento del poderdante* (la extinción se funda en el ingreso de los herederos en la relación, y en el hecho de que la confianza de éstos en el apoderado, tanto como el deseo de éste de colaborar con ellos, no suelen ser los mismos). Como luego veremos, las variantes en que entran en juego los intereses del apoderado o un tercero dan pie a la inextinguibilidad del poder por fallecimiento del poderdante.

e) *Por el fallecimiento del apoderado.*

f) *Por la incapacidad legal de obrar que afecta posteriormente al poderdante* (el curador sustituye al apoderado). Llorens y Taiana de Brandi¹⁰ exceptúan de la extinción al poder conferido en previsión de la propia incapacidad.

g) *Por la incapacidad legal de obrar o la inhabilitación judicial que sobrevienen al apoderado* (mal puede administrar los bienes de

¹⁰ LLORENS, Luis Rogelio y TAIANA DE BRANDI, Nelly, en *Ponencia a la XV Jornada Nacional de Derecho Civil*.

otro, o disponer de ellos, quien se encuentra interdicto o inhabilitado para administrar o disponer de los propios).

En cuanto a la capacidad para ser apoderado, Sánchez Urite, obra citada, páginas 139 a 141, sostiene que los menores adultos (14 a 21 años) tienen capacidad para celebrar “actos lícitos” en nombre de otro (Cód. Civ., art. 1897).

- h) *Por la invalidez del apoderamiento.*
- i) *Por operar la condición resolutoria a la que se subordinaron sus efectos.*
- j) *Por el vencimiento del plazo.*

13. Poderes irrevocables, póstumos y *mortis causa*. Conceptos generales

Irrevocable es el poder que el poderdante no tiene el derecho de revocar; póstumo, el que no se extingue por su fallecimiento, y *mortis causa*, el que se origina cuando el poderdante fallece.

Que los poderes sean irrevocables, póstumos o *mortis causa* no depende del nombre con que los designemos, sino de que se den los requisitos legales que los caracterizan.

Hay poderes que son irrevocables y a la vez póstumos, en razón de los intereses en juego (Cód. Civ., arts. 1977 y 1982); hay otros que nacen como poderes comunes y se transforman en póstumos, en razón de encontrarse pendiente de cumplimiento una obligación del poderdante contraída por el apoderado (Cód. Civ., arts. 1980, 1981 y 1969), y hay algunos, por fin, que son *mortis causa* (Cód. Civ., art. 1983).

14. Poder irrevocable y póstumo, en razón de los intereses en juego (Cód. Civ., arts. 1977 y 1982)

Éste es el caso en que se dan los tres requisitos que exige el artículo 1977 del Código Civil para que opere la irrevocabilidad del poder, a saber:

1º) Un apoderamiento especial para cumplir las obligaciones y ejercer los derechos originados en un negocio *ya celebrado por el poder-*

dante (y adviértase la diferencia con el poder común y corriente que faculta al apoderado *para celebrarlo*). Como ejemplo: Juan suscribe boleto de venta de una cochera y luego de suscribirlo apodera a Pedro para que otorgue la escritura, haga tradición del inmueble y cobre el saldo de precio.

2º) Un plazo de vigencia del poder, determinado o determinable¹¹.

3º) Intereses legítimos y: a) comunes del poderdante y el apoderado (boleto entre ambos); b) comunes del poderdante y un tercero (boleto entre ambos); c) exclusivo del apoderado (boleto con el poderdante, con la prestación de éste pendiente de cumplimiento); d) exclusivo de un tercero (boleto con el poderdante, con la prestación de éste pendiente de cumplimiento).

Se excluye la variante del interés exclusivo del poderdante porque en este caso, claro está, el poder es esencialmente revocable.

Y agreguemos que este poder, como anticipáramos, además de irrevocable es póstumo. ¿Por qué? Porque el artículo 1982 le asigna este carácter toda vez que se dan los intereses legítimos a que alude el artículo 1977.

Y recíprocamente, como estos intereses suponen un negocio ya celebrado, y este negocio basta para que el poder sea especial y el plazo de su vigencia determinado o determinable, vale decir, basta para que se den los otros dos requisitos del artículo 1977, no cabe sino concluir en que estos poderes del artículo 1982 no sólo son póstumos, sino, además, irrevocables. En menos palabras, la irrevocabilidad del artículo 1977 supone la inextinguibilidad por fallecimiento del artículo 1982; y ésta supone la irrevocabilidad del artículo 1977.

¿Cuándo cesan la irrevocabilidad y el carácter póstumo de estos poderes? Cesan cuando:

- a) Media justa causa para revocar el poder (Cód. Civ., art. 1977, última parte);
- b) vence el plazo de su vigencia, en cuyo caso se discute si el

¹¹ Sobre las variantes del plazo determinable, según sea explícito o implícito, ver GATTARI, Carlos Nicolás, *Práctica notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1995, vol. 3, ps. 47 y 48.

poder subsiste como poder revocable (por nuestra parte creemos que la subsistencia debe pactarse);

c) los herederos fuesen menores o hubiere otra incapacidad y se hallasen bajo la representación de sus tutores o curadores (Cód. Civ., art. 1981). ¿Y si algunos de los herederos fuesen mayores y capaces? El poder se mantiene respecto de éstos.

En la práctica, la irrevocabilidad e inextinguibilidad por fallecimiento del poderdante son utilizadas para cubrir a quien paga al contado un inmueble antes de serle escriturado, o un automotor antes de registrarlo a su nombre.

No hace falta advertir que esta cobertura dista de ser tan amplia como se pretende, porque el carácter irrevocable y póstumo del apoderamiento no impide que los acreedores del vendedor lo inhiban, o embarguen uno u otro bien, en tanto ambos continúan inscriptos a su nombre.

Y aquí es necesario aclarar que, como bien señalara Natalio Etchegaray al disertar sobre el tema en Rosario, el 19 de octubre de 2006 en ocasión del Seminario en homenaje a Francisco J. Siri, no es necesario que el precio se encuentre íntegramente pagado para que el poder sea irrevocable (basta con que el negocio objeto del apoderamiento haya sido celebrado).

Cabe aclarar además que los “intereses legítimos” que el Derecho tutela mediante los artículos 1977 y 1982 no están limitados a los que nacen de la compraventa (nada impide que se originen en una permuta, dación en pago, partición de bienes, etc.) y tampoco están limitados a los que nacen de un “boleto” (nada impide que en la escritura de apoderamiento se ratifique el negocio previa y oralmente celebrado, caso que en materia de negocios bilaterales puede darse cuando ambas partes se confieren recíprocamente el poder).

15. Poder póstumo, en razón de encontrarse pendiente de cumplimiento una obligación contraída por el apoderado (Cód. Civ., arts. 1980, 1981 y 1969)

En este caso, la inextinguibilidad por fallecimiento del poderdante se funda en la necesidad de evitar el perjuicio del incumplimiento.

Y aquí debemos considerar que *este poder, que puede ser general o especial, nace como poder común, esto es, revocable y extinguido por la muerte de quien lo confirió*. Y luego se transforma en póstumo, al darse las siguientes circunstancias:

- a) El apoderado lo ejerce en vida del poderdante celebrando uno de los negocios encomendados, o el negocio encomendado;
- b) hay obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo del poderdante;
- c) éste fallece sin que hayan sido cumplidas.

Con lo que aparece en escena el principio del artículo 1969 que exige que cuando el poder se extingue, tanto el poderdante como el apoderado, o sus herederos, o los representantes de sus herederos incapaces, continúen “los negocios comenzados que no admiten demora”. Y por eso es que el artículo 1980 dispone que la muerte del mandante no pone fin al mandato cuando el “negocio que forma el objeto del mandato debe ser cumplido o continuado después de su muerte”.

¿Cuándo cesa esta inextinguibilidad por fallecimiento del poderdante? Cuando “los herederos fuesen menores o hubiese otra incapacidad, y se hallasen bajo la representación de sus tutores o curadores” (Cód. Civ., art. 1981).

¿Y si algunos de los herederos fuesen mayores y capaces? El poder se mantiene respecto de éstos, que en este caso pueden revocarlo (Cód. Civ., art. 1969).

16. Poder *mortis causa* (Cód. Civ., art. 1983)

En este caso, previsto en el artículo 1983 del Código Civil, el poder *sólo adquiere vigencia a partir de la muerte del poderdante*.

Ocurre aquí, entonces, lo que en materia de testamentos y legados, que en tanto negocios *mortis causa*, como este apoderamiento, exigen que el disponente fallezca para que la transferencia se concrete.

De allí que al apoderamiento que contribuye a originar este poder “será nulo si no puede valer como disposición de última voluntad” (Cód. Civ., art. 1983 cit.); que al apoderado se apliquen las disposiciones relativas a los albaceas (Cód. Civ., arts. 3844 y ss.), y que la relación

causal o interna que vincula al poderdante y sus herederos con el apoderado sea, por lo general, la originada en el testamento de aquél.

Señalemos, por último, que el apoderamiento que origina este poder tiene por objeto que el apoderado cumpla mandas, distribuya bienes entre los sucesores, pague una deuda, coloque una placa en el panteón, etcétera¹².

¹² MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco, *Mandatos irrevocables, póstumos y "post mortem"*, en *Revista del Notariado*, N° 859/2000. DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, *La forma del mandato "post mortem mandantis"*, en J. A. 1947-IV-8.

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL 12 DE ABRIL DE 2007 EN LOS TALLERES GRÁFICOS
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE