

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

CUADERNILLOS DE ANÁLISIS



FUNDAMENTOS Y CONCEPTOS ELEMENTALES

Fascículo 1

COMENTARIOS AL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ANOTADO

FASCÍCULO 1

COMENTARIOS AL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

GUSTAVO ARBALLO

REVISTA “CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA”

EDITADA POR EL CENTRO DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

ISSN 2313-9285

SEPARATA JUNIO DE 2015



LOS ARTÍCULOS FIRMADOS SON DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES Y NO REFLEJAN LA OPINIÓN DE LOS RESPONSABLES DE ESTA PUBLICACIÓN, LAS INSTITUCIONES QUE INTEGRAN O AUSPICIAN NI LA DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA.

PRESENTACIÓN.....	5
EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN	7
CAPÍTULO 1. Derecho.	19
CAPÍTULO 2. Ley.	32
CAPÍTULO 3. Ejercicio de los derechos.	41
CAPÍTULO 4. Derechos y bienes.	56

PRESENTACIÓN

Esta primera entrega, dedicada a analizar el Título Preliminar del Código Civil y Comercial (que, por convención abreviamos CCC), inicia una serie de documentos de referencia que estaremos editando para el estudio y la exposición del nuevo régimen que entrará en vigencia el 1º de agosto de 2015.

Estos fascículos buscan esencialmente explicar y analizar algunas normas, reglas y principios del Nuevo Código, tratando de presentar los temas en una forma sencilla y práctica. No se pretenderá agotar los temas e implicancias de cada asunto sino proporcionar claves básicas de lectura desde la técnica jurídica, para facilitar la comprensión y el acercamiento informado a los operadores del derecho.

Esta primera entrega asume un formato similar al de un “Código Anotado”, para poner el foco central en la letra de las normas, y desde allí formular apuntes de contexto y comentarios.

Aparte de los comentarios propios, la fuente más utilizada será, como corresponde a su relevancia, la de los “Fundamentos” de la Comisión Redactora del Anteproyecto, que se va interpolando a lo largo del texto en correspondencia con los artículos a los que alude.

Se incluyen algunos fragmentos de aportes de la doctrina moderna (elaborada a propósito de este nuevo Código) pero también clásica (se recogen incluso las viejas notas de Vélez Sarsfield, cuando son relevantes por su pertinencia y claridad), así como antecedentes parlamentarios (exposiciones y Documentos que formaron parte del tratamiento del Proyecto de Ley en el Congreso de la Nación, ante la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, y en las sesiones en las que se trató y votó la ley sancionatoria).

Como se verá, se ha sido selectivo a la hora de elegir las transcripciones de doctrina, buscando evitar el extendido abuso del *cut & paste* que es frecuente en escritos académicos y hasta judiciales.

Por regla general, las transcripciones que no son de nuestra autoría (identificadas con las etiquetas de “doctrina” y “jurisprudencia”) son consignadas en tipografía roja y de alineación indentada a una tabulación, de forma que se permita una rápida distinción con los “comentarios” que hemos escrito. Se trata de citas textuales y continuas, salvo cuando se indica (con paréntesis y puntos suspensivos) que hay fragmentos suprimidos. Cabe acotar que los breves acápites de presentación con los que se presenta cada cita no corresponden al original.

Pensado como un producto de divulgación, no se pretenderá desarrollar conceptos en forma sistemática a la manera de un Manual o Tratado, pero sí nos ha parecido

pertinente hacer digresiones que provean un contexto didáctico sobre algunos elementos y nociones que sean pertinentes para la mejor comprensión del articulado. Es otra forma de oxigenar el campo y no hacer que el comentario quede como rehén, anclado en la letra de un artículo determinado.

Como última indicación y aporte, con el fin de facilitar una rápida ubicación de los textos fuentes, a continuación de cada artículo daremos cuenta de sus equivalentes (cuando los hubiera) en el texto del Código Civil que es reemplazado por el CCC.

Gustavo R. Arballo

garballo@juslapampa.gov.ar

EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

§ 1. El Código como legislación “común” y la competencia del Congreso de la Nación para sancionarlo. Antes de hablar de Derecho Civil propiamente dicho y de este Código en particular vamos a repasar un principio del Derecho Constitucional argentino que nos sirve para explicar por qué hablamos del Código como lo que llamamos *legislación común* y por que ese Código se trata y se sanciona en el Congreso de la Nación –y no en las legislaturas de las provincias-.

Esto es así porque Alberdi y los constituyentes de 1853/60 quisieron que la legislación fuera uniforme en todo el territorio, a diferencia de otros países federales donde la ley penal o civil varía de Estado a Estado y no hay una normativa única general que se aplique en toda la Nación.

De ahí viene la atribución que la Constitución le da al Congreso en el actual art. 75 inc. 12 C.N., según el cual corresponde al Congreso de la Nación “Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; (...)”

Cuando hablamos de civil, comercial y penal esto implica que la potestad es exclusiva del Congreso para legislar en esas materias *de fondo* tanto si lo hace sancionando un Código como si lo hace a través de leyes “especiales”: a ello alude la frase “cuerpos unificados o separados”, introducida en la Reforma de 1994, que implicaba legitimar una práctica preexistente.

Por eso es que *no todo el derecho civil y comercial no queda subsumido en el Código Civil y Comercial* (que a lo largo de estos comentarios será abreviado como “CCC”, por oposición a la abreviatura “CC” con la que nos referiremos al Código Civil de Vélez Sársfield con sus reformas, y al “CCom” con la que nos referiremos al Código de Comercio). Existen también leyes particulares que tienen su articulado propio, separado, que solemos denominar *complementarias* (aunque en rigor de verdad tienen autonomía propia como material legislativo) porque regulan una materia “de fondo” que en su mayor espacio está “codificada”.

Como veremos, el CCC ha hecho cierta “recodificación”, incorporado algunas de esas leyes separadas incluyéndolas en su articulado, pero en temas centrales (Ley de Sociedades, Ley de Seguros, Ley de Quiebras, Ley de Defensa del Consumidor, etc.) persiste la legislación especial vigente (se habla de “microsistemas”, que los codificadores no quisieron afectar y por eso mantuvieron). y en varios casos se optó expresamente por derivar la regulación a lo que se disponga en leyes complementarias

o especiales (previendo la posibilidad de su sanción ulterior, y asumiendo que la regulación en detalle no quedaría “codificada”).

En todo caso, las leyes de fondo son sancionadas sólo por el Congreso de la Nación, haciendo la “legislación común” a todo el país, a diferencia de los códigos que regulan su aplicación por parte de los jueces, que son los diferentes Códigos de Procedimiento que sí sanciona cada provincia exclusivamente para su territorio y para sus tribunales.

En virtud del carácter de “legislación común” del CCC, las provincias no pueden sancionar reglas distintas a las que estén en el Código, ni ampliando ni restringiendo los derechos. “Esto es así –ha dicho la Corte- porque al atribuir la Constitución al Congreso la facultad de dictar el Código Civil, ha querido poner en sus manos lo referente a la organización de la familia, a los derechos reales, a las sucesiones, a las obligaciones y a los contratos, es decir, a todo lo que constituye el derecho común de los particulares considerados en el aspecto de sus relaciones privadas” (Doctrina de Fallos 156:20, 36, 37, citada en “Banco del Suquía c. Tomassini”, Fallos 325:428).

Esto significa que no podría haber distintos regímenes de sucesiones, de hipoteca o de matrimonio según la provincia, tal como ocurre en otras naciones federales, que incluso también presentan variaciones en la legislación penal.

§ 2. Un Código de fondo “procesalizado”. En una tendencia que se ha venido profundizando, los Códigos de fondo suelen tener, y así lo ha admitido la Corte Suprema, normas específicas de procedimientos, y el CCC incorpora al menos tres títulos al respecto (regula las acciones posesorias y las acciones reales en el libro de derechos reales, regula los procesos de familia en el libro de familia y regula los procesos de sucesiones en el libro sobre transmisión de los derechos por causa de muerte). Esas normas de procedimiento especiales incluidas en el CCC si rigen en todo el país (y suponen, en un punto, un fenómeno de incipiente “federalización” del derecho procesal, que en principio es una competencia local, constituyendo una suerte de mutación en la distribución constitucional de competencias).

En todo caso, esta idea se sustenta en la idea de no desvincular al “derecho” de la “acción”: los proyectistas han querido procurar que las reglas sustantivas del Código no se vean frustradas por deficiencia o disfuncionalidad en las reglas de enjuiciamiento.

En línea con estos criterios, lo cierto es que la incorporación de normas procesales ha sido avalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que acepta su constitucionalidad cuando ello sea necesario para asegurar la eficacia de la aplicación del derecho de fondo (CSJN Fallos 138:157, entre muchos otros)

§ 3. Derogaciones de legislación complementaria. Se derogan las leyes 11.357 (derechos civiles de la mujer), 13.512 (Propiedad Horizontal), 14.394 (Ausentes y bien de familia), 18.248 (Ley del Nombre), 19.724 (Prehorizontalidad), 19.836 (Fundaciones), 20.276 (Excepciones a la propiedad horizontal), la ley 21.342 de Locaciones Urbanas salvo en su artículo 6 (“*Garantía del Estado*. El Estado garantiza la libertad de contratación y el ejercicio regular de los derechos de los contratantes en las locaciones iniciadas o que se inicien a partir del 1 de enero de 1974. Las condiciones pactadas entre locadores y locatarios no serán alteradas por el Poder Público ni éste aplicará medidas en relación con las locaciones urbanas que deban ser cumplidas a expensas de una sola de las partes”), la ley 25.509 que establece el derecho real de superficie forestal, y la ley 26.005 (consorcios de cooperación).

También hay derogaciones parciales. Veamos algunas de ellas:

- Se deroga el Título que regulaba el fideicomiso y que había sido legislado en la ley 24.441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción (arts. 1 a 26).
- En la ley 20.266 de Martilleros se derogan tres artículos relativos a los corredores (36, 37 y 38)
- En el decreto reglamentario de la *Ley de Defensa del Consumidor* (Decr. 1798/94) se deroga un artículo –el 37– que reglamentaba el concepto de cláusulas abusivas. La Ley de Defensa del Consumidor, vale aclararlo, continua en vigencia.
- En la ley de *Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido* se derogan cuatro capítulos (III, IV, V y IX) cuyas reglas están ahora incorporándose al Código.

Es importante entender que estas derogaciones se justifican por lo general en que los institutos en cuestión quedan ahora legislados en el marco del CCC. De esta forma, la unificación “pasa en limpio” y reintegra al tronco común del sistema, que es el Código, temas que habían sido legislados en forma dispersa.

Un caso especial se da con ciertos artículos del derogado Código de Comercio que regulan temas de navegación. Una norma incluida en ley sancionatoria del CCC (ley 26.994, art. 4º) dispone que los 891, 892, 907, 919, 926, 984 a 996, 999 a 1003 y 1006 a 1017/5 del Código de Comercio entonces vigente se incorporen como artículos 631 a 678 de la Ley Nº 20.094, facultándose al Poder Ejecutivo Nacional a reenumerar los artículos de la citada ley en virtud de la incorporación de las normas precedentes.

§ 4. Legislación Civil y Comercial complementaria que se mantiene vigente. Quedan subsistentes “fuera” del Código leyes “comunes” muy relevantes para

el derecho privado, como la Ley de Contrato de Trabajo, la Ley de Concursos y Quiebras, las leyes de Seguros y de Entidades Financieras, y la Ley de Sociedades (en este caso con algunos cambios, entre los cuales se cuenta el de su mismo nombre: ahora se llamará de sociedades “a secas” y no de “Sociedades Comerciales”)

En la siguiente lista compilamos un inventario orientativo (vale decir no exhaustivo) de la legislación complementaria del CCC (leyes y decretos-leyes) todavía vigente, indicando en su caso el decreto reglamentario asociado.

LEY 928: Warrants Aduaneros y Certificados de Depósitos

LEY 9643: Warrants.

LEY 11.723: Régimen Legal de la Propiedad Intelectual

LEY 14.159: Catastro Nacional. Prescripción adquisitiva de inmuebles

LEY 17.418: Ley de Seguros

LEY 17.801: Reglamentación de la Propiedad Inmueble Objeto. Documentos Registrales

LEY 19.550: Ley General de Sociedades

LEY 20.094: Ley de Navegación

LEY 20.266: Martilleros

LEY 20.321: Asociaciones Mutuales

LEY 20.337: Sociedades Cooperativas

LEY 20.680: Abastecimiento

LEY 20.744: Ley de Contrato de Trabajo

LEY 21.342: Locaciones Urbanas

LEY 21.526: Entidades Financieras

LEY 22.362: Ley de Marcas y Designaciones (reglamento Decr. 558/81)

LEY 22.802: Ley de Lealtad Comercial (reglamento Decr. 1153/97).

LEY 24.193: Trasplante de Organos y Materiales Anatómicos

LEY 24.240: Defensa del Consumidor (reglamento Decr. 1798/94)

LEY 24.374: Regulación Dominial (reglamento Decr. 1885/94)

LEY 24.441: Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción.

LEY 24.452: Ley de Cheques

- LEY 24.522: Régimen de Concursos y Quiebras .
- LEY 24.921: Transporte Multimodal de Mercaderías .
- LEY 25.065: Tarjetas de Crédito
- LEY 25.156: Defensa de la Competencia (reglamento Decr. 89/2001)
- LEY 25.248: Contrato de Leasing.
- LEY 25.326: Protección de los Datos Personales (reglamento Decr. 1558/2001)
- LEY 25.506: Firma Digital (reglamento Decr. 2628/2002)
- LEY 25.871: Migraciones
- LEY 26.061: Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (reglamento Decr. 415/2006)
- LEY 26.209: Ley Nacional de Catastro
- LEY 26.356: Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido
- LEY 26.657: Salud Pública. Internación y egresos de establecimientos de salud mental (reglamento Decr. 603/2013)
- LEY 26.743: Identidad de Genero.
- LEY 26.831: Ley de Mercado de Capitales (reglamento Decr. 1023/2013)
- LEY 26.862: Reproducción Medicamente Asistida. (reglamento Decr. 956/2013)
- LEY 26.944: Responsabilidad Estatal.
- LEY 26.993: Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo.

DECRETOS - LEY

- DECRETO - LEY 15.348/46: Prenda con Registro (reglamento Decr. 10.574/46).
- DECRETO - LEY 15.349/46: Sociedades de Economía Mixta.
- DECRETO - LEY 5965/63: Letra de Cambio y Pagaré.
- DECRETO - LEY 6673/63: Modelos y Diseños Industriales (reglamento Decr. 5682/65)

§ 5. TÉCNICA LEGISLATIVA. Es importante tener en cuenta que:

- Una novedad importante, común en la técnica legislativa moderna, es que cada artículo tiene su acápite, que es una suerte de etiqueta o descripción sintética del contenido normativo del artículo en cuestión.
- Hay una reducción del número de artículos. El Código Civil proyectado por Dalmacio Vélez Sársfield, vigente hasta 2014, tenía 4051 artículos. El Código de Comercio original -desde luego, con muchas “lagunas” por derogaciones y leyes especiales- alcanzaba los 1611 artículos. El nuevo Código ahora unifica ambas materias y consta de 2781 artículos.
- Aún siendo menos en número, los artículos del CCC son más largos en palabras y en oraciones. Muchas veces veremos como el codificador ha decidido agrupar en un solo artículo varias reglas relacionadas con el mismo acápite, que en el Código Civil estaban separadas en artículos distintos.

§ 6. Organización sistemática en el Código de Vélez y el Código Unificado.

Es interesante notar las similitudes y diferencias en la organización jerárquica entre el Código Civil elaborado por Vélez Sarsfield, de *cuatro* “libros” y el Código Civil y Comercial proyectado en 2012, de *seis* “libros”.

- el Libro Iº (“De las personas”) queda desdoblado. La sección “De las personas en general” está ahora en el Título Iº (“Parte General”) del Nuevo Código y la sección 2ª (“De los derechos personales en las relaciones de familia”) ahora queda ubicada sistemáticamente en un libro propio, el Libro II.
- Con esta inserción se mantienen los libros subsiguientes, dedicados a los “Derechos Personales” y a los “Derechos Reales”, que eran los libros II y III y quedan numerados como libros III y IV respectivamente.
- El otro desdoblamiento se da en lo que era el libro IV del Código de Vélez: la parte de sucesiones allí ubicada ahora tiene su libro propio (el Libro V, “transmisión de los derechos por causa de muerte”) y el resto de las “disposiciones comunes” (a los derechos reales y personales) queda en el Libro VI, último del Nuevo Código.

§ 7. Sin “Notas”, con “Fundamentos”. Como lo hacen todos los Códigos modernos, este Código Civil no tiene “notas” como las que redactó Vélez, y fue práctica incluir en las ediciones impresas del Código. En la búsqueda de la “finalidad de la norma”, establecida como el criterio interpretativo principal a la luz del texto del artículo 1º, buena parte de lo que eran esas notas quedarán suplidas ante todo por el

conciso ensayo de “Fundamentos” de la Comisión Redactora y por los materiales relevantes del proceso de debate parlamentario del Nuevo Código.

§ 8. FUNDAMENTOS. El método del Código. El anteproyecto unifica los Códigos Civil y Comercial, aspecto sobre el cual hay una amplia coincidencia en la doctrina jurídica argentina.

Se ha ordenado un título preliminar y luego una parte general para todo el Código, así como partes generales para diversas instituciones que regula. En este aspecto, se sigue la opinión de muchos autores, entre ellos, Freitas, quien introdujo en su proyecto para Brasil una parte general. En esta tesis cabe computar todos los proyectos de reforma integral realizados en el país: el Anteproyecto de Reformas de Bibiloni de 1926, el Proyecto de 1936, el Anteproyecto de 1954, y el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 y el de 1998.

Por unanimidad hemos decidido no incluir notas, como lo decidiera también el Proyecto de 1998 y por las mismas razones.

En cuanto a las definiciones, hemos tratado de incluir solo aquellas que tienen efecto normativo y no meramente didáctico, en consonancia con la opinión de Vélez Sarsfield, primer codificador, expresada en la nota al artículo 495 del Código Civil.

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

También se ha puesto énfasis en la gramática, y en especial, se ha tratado de usar el tiempo presente en la redacción de todo el articulado, porque es el que más se adapta a la búsqueda claridad expositiva. (II, I.3)

§ 9. FUNDAMENTOS. Aspectos valorativos. Hay aspectos valorativos que caracterizan el anteproyecto que presentamos, que podemos resumir en los siguientes principios:

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

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

■ *Código de la igualdad.* Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. En nuestra posición, se busca la igualdad real, desarrollando una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables.

■ *Código basado en un paradigma no discriminatorio.* En la tradición histórica, el sujeto de derechos privados ha sido el hombre. Hemos cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza. En los textos proyectados aparecen la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias, y muchos otros que no habían tenido una recepción sistemática hasta el momento.

■ *Código de los derechos individuales y colectivos.* En su mayoría, los códigos del derecho privado comparado regulan sólo los derechos individuales. El anteproyecto que presentamos da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Argentina y de modo coordinado con la brasileña. Esto tiene un impacto significativo en el modo de relacionamiento con los recursos naturales.

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

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

■ *Código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales.* En tanto se trata de la unificación del derecho civil y comercial, también se han adoptado decisiones para promover la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles. Por eso se regulan contratos de distribución, bancarios, financieros, fideicomisos, régimen contable de los comerciantes y muchos otros temas. Para esos fines se ha tenido en cuenta la legislación internacional y el aporte de numerosos especialistas.

§ 10. Cuando una ley es “ley supletoria”. Buena parte del CCC es ley “supletoria” (a veces llamada “dispositiva”, por oposición a “imperativa”). Esto significa

que es una ley que *puede ser dejada sin efecto por acuerdos de los particulares*, siguiendo el principio de autonomía de la voluntad (algo que no puede hacerse con normas “imperativas”).

Tomemos como ejemplo el cómputo de los plazos. El Código Civil establece que los días se cuentan corridos y no por días hábiles, y esa es la regla general, *supletoria*, que se aplica siempre que exista un contrato que fije plazos y las partes no estipulen una forma específica de computarlos. De esta forma los contratos pueden ser más breves, y las partes se pueden concentrar únicamente en los asuntos que son condiciones del acuerdo en sí (como el precio y las prestaciones que los obligados se deben) sin que cada contrato tenga que prever además pactos para cubrir todos los detalles típicos. A ello se alude en los *Fundamentos* cuando se dice (II, 1.4) que “en materia contractual, por ejemplo, se describen reglas que pueden ser dejadas de lado por las partes, pero que cumplen la función de aportar una guía que, si es seguida, disminuye los costos de transacción y la litigiosidad”. A este carácter se refiere en la materia el art. 962 CCC que establece que “las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible”.

El CCC introduce nuevas reglas supletorias (que no estaban previstas en el CC o en el CCom) y se preocupa específicamente por regular la vigencia de ellas (y también de las reglas supletorias preexistentes, vale decir, las que se corresponden con situaciones o relaciones jurídicas nacidas bajo la vigencia del CC o del Ccom en su caso) en el art. 7 del Código Unificado, a cuyo comentario remitimos.

§ 11. FUNDAMENTOS. El Código Unificado y el resto del ordenamiento. El vínculo del Código con otros microsistemas normativos autosuficientes es respetuoso. Es decir, se ha tratado de no modificar otras leyes, excepto que ello fuera absolutamente necesario. Es inevitable una reforma parcial de la ley de defensa de consumidores, a fin de ajustar sus términos a lo que la doctrina ha señalado como defectuoso o insuficiente. También ha sido inevitable una reforma parcial a la ley de sociedades, para incorporar la sociedad unipersonal y otros aspectos también sugeridos por la doctrina. En otros casos se incorporan las leyes con escasas modificaciones, como ocurre, por ejemplo, con las fundaciones y el leasing. Finalmente, en otros, no hay ninguna modificación, como sucede con la ley de seguros o de concursos y quiebras (II, 1.4)

§ 12. DOCTRINA. El Código Civil como el *maître* del ordenamiento jurídico.

Este cuerpo de leyes funciona como un *maître* dentro del ordenamiento jurídico al indicarle a las distintas ramas del derecho las definiciones de los términos generales de los que ellas se valen. Es que no sería feliz que el Código Penal (CP) o la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), cada uno por su parte, diera una definición de persona física, para determinar, respectivamente, cuando se da el delito de deshonra o desacreditación a persona física (art. 110 Cód. Penal) o cuando se está ante el concepto de trabajador (art. 25 LCT). Eso significaría o una sobreabundancia indeseable, en caso de repetir la definición que de persona física dé la ley civil, o una lesión a la coherencia y unidad sistémica del derecho, en el supuesto de que las definiciones no coincidan. Es por esto que los distintos cuerpos de leyes abrevan de la normativa civil a los fines de determinar los significados de los términos generales, es decir, no específicos de su materia, que utilizan. Así, en los casos referidos, tanto el CP como la LCT echarán mano al art. 19 del CCivCom para saber qué se entiende por persona física. Lo mismo vale, por ejemplo, para la noción de herederos y legatarios, que se encuentra en el art. 2278 del CCivCom, al que se remite la Ley de Procedimientos Fiscales (LPF) en su art. 5° para determinar quiénes son responsables por deuda propia ante el Fisco, o para el concepto de acto jurídico del art. 259 del CCivCom que emplea el art. 127 de la Ley Notarial N° 9.020 para referirse a las competencias del notario.

Pues bien, esta función de referente del CCivCom lleva a que todo opuesto binario que él construya o destruya se reproduzca virtualmente en las otras ramas del derecho, él tiñe a todo el ordenamiento. Así, de haberse calificado al matrimonio igualitario con un nombre distinto al de "matrimonio", el binomio excluyente de heterosexual/homosexual no sólo hubiera sido receptado en la ley civil, sino que, ésta mediante, se hubiese replicado en todas las normativas que hagan uso del régimen matrimonial. A modo de ejemplo, el art. 170 de la LCT, que establece el régimen de licencia para el caso de matrimonio, tendría que, o haber sumado un inciso específico para el matrimonio igualitario con su especial nombre, o haberse valido implícitamente, vía analogía, del término diferencial que hubiera utilizado la normativa civil. En cualquier caso se hubiera hecho eco del binomio perjudicial.

CASAS, Manuel Gonzalo y LÓPEZ TESTA, Daniela. *Una "dogmática deconstructiva" del Código Civil y Comercial*. La Ley Sup. Act, 21/05/2015

TÍTULO PRELIMINAR

§ 13. Importancia y función del Título Preliminar. En este *Título Preliminar* encontramos una recopilación sistemática de los criterios y pautas sobre temas estructurales como el sistema de fuentes, la interpretación, y la aplicación y el ejercicio de los derechos.

Tal como se predicaba en relación al Código Civil anterior -por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “la regla de interpretación prevista en el art. 16 CC excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno” (Fallos 316:957, entre muchos otros)-, los principios aquí sentados tienen un ámbito de aplicación expansivo: trascienden las materias de lo civil y comercial y se erigen como reglas de interpretación y de construcción hermenéutica aplicables a todo el ordenamiento jurídico.

Es importante tener en cuenta ese efecto expansivo para captar la importancia del *Título Preliminar* como “núcleo de significaciones”, tal como se lo postula en los *Fundamentos*.

§ 14. FUNDAMENTOS. El título preliminar como núcleo de significaciones.

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

Desde esta perspectiva, el título preliminar amplía su contenido a otras cuestiones, como lo proponemos seguidamente:

- *Del Derecho:* se incorporan directivas referidas a la obligación de decidir, las fuentes y reglas de interpretación
- *De las leyes:* se regula la ley como fuente formal principal: obligatoriedad de la ley, leyes transitorias, el modo en que se cuentan los intervalos del derecho,
- *Del ejercicio de los derechos subjetivos:* se contemplan principios referidos al ejercicio de los derechos subjetivos, dirigidos al

ciudadano: buena fe, abuso de los derechos, fraude a la ley, renuncia de la ley, ignorancia o error de la ley.

- *De los derechos y los bienes:* se especifica el campo regulatorio del código en la materia.

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

CAPÍTULO 1. Derecho.

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

CC 1, 16, 17

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

De todos modos, queda clara y explícita en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes. Así, se alude a la necesidad de procurar interpretar la ley conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que el país sea parte, que impone la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si ésta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución. Constituye acendrado principio cardinal de interpretación, que el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla. Ello implica la exigencia de no pronunciarse por la inconstitucionalidad de una ley que pueda ser interpretada en armonía con la Constitución, criterio que constituye una restricción al quehacer judicial, reiteradamente recordado por la CSJN cuando dice que la declaración de

inconstitucionalidad constituye la última ratio del orden jurídico por lo que sólo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su coincidencia con la Carta Magna (Fallos 288:325; 290:83; 292:190; 301:962; 324:3345, 4404; 325:645, entre otros).

§ 16. La habilitación a una reconstrucción que requiere el “diálogo” de fuentes. La estructura de fuentes no debe leerse en forma secuencial y segmentada, sino con un criterio que presupone su integración sinérgica. El art. 1º de este Código debe ser leído según el concepto de “diálogo de fuentes” de Erik Jayme (Cf. su "Identité culturelle et integration: le droit international privé posmoderne", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de l'Haye*, T. 251, p. 1995) que propicia una aplicación simultánea, coherente y coordinada de fuentes convergentes. Se busca trascender la lógica de las antinomias y de la nulificación para llegar a concebir el ordenamiento con una coherencia derivada y restaurada desde una perspectiva funcional:

“El trabajo sobre los hechos y los textos jurídicos debe hacerse con otra visión, vinculando las distintas fuentes y armonizándolas hasta lograr un resultado o respuesta que sea no sólo aceptable cotejado frente a una regla particular, sino aceptable para el sistema. La recurrencia a la jerarquía normativa ya no es el único modo de solucionar las antinomias o problemas de concurrencia de diversas fuentes en la captación de una determinada materia, sino que se elige la armonización antes que el descarte. Esta técnica, cuya implementación -debe reconocerse- no será tarea fácil y generará probablemente más de un desacuerdo, ha tenido mayor desarrollo en materia de derecho del consumidor”.

- DEPETRIS, Carlos Emilio, *Hacia un cambio en la práctica jurídica: Notas sobre el Capítulo 1 del Título preliminar del Código Civil y Comercial*, 01.06.2015, www.infojus.gov.ar, (Id Infojus: DACF150652)

-

§ 17. La pauta de “interpretación conforme”. La “interpretación conforme con la Constitución” que aquí se recoge como pauta hermenéutica tiene una doble función. La primera es la de ver cada norma y componente del ordenamiento a través del prisma de la Constitución, sus principios, reglas y valores. Es la implicancia hermenéutica más directa de la “constitucionalización del derecho” y es una pauta que funciona en varios niveles o pasos.

El primero es que implica que no deben aplicarse normas que no puedan ser consecuentes con el respeto y la tutela de los criterios constitucionales.

El segundo paso es que la interpretación *conforme con la Constitución* puede orientarnos en supuestos de ambigüedad o vaguedad de la norma: en casos donde existan varios modos de interpretación posibles, habrá de preferirse el que arroje el resultado más compatible con la Constitución y no aquel que la ignore o sea inconsistente con sus postulados.

Además, la “interpretación conforme” también busca evitar la “declaración de inconstitucionalidad”, en una suerte de recurso saneador. La Corte tiene dicho, en efecto, que “la declaración de inconstitucionalidad, al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de ultima ratio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, por lo cual, al ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, sólo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, cuando ello es de estricta necesidad” (CSJN, “Rodríguez Pereyra”, Fallos 335:2333, 27/11/2012).

Así, la pauta de “interpretación conforme” puede orientar al intérprete a la hora de reconstruir el vacío legal que genera una norma constitucionalmente problemática, buscando integrar el derecho para proveer una solución admisible. De esa forma se permite que los casos no se resuelvan con la simple inconstitucionalidad, sino con la afirmación de una regla aplicable.

§ 18. Posibilidad del control de constitucionalidad “de oficio”. Dado que los jueces deben resolver los casos según “las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional”, de ello se sigue que no podrían aplicar una ley “no conforme”, esto es, una ley que puedan calificar de inconstitucional, aún cuando ello no haya sido específicamente planteado por las partes.

Bajo esta lectura, legitimada por la Corte Suprema en el citado fallo “Rodríguez Pereyra”, y reforzada por un Código que es explícito en su pretensión de “constitucionalizar” el derecho civil, la norma avala el control de constitucionalidad “de oficio”, que por otra parte la Corte ha entendido procedente en el citado “Rodríguez Pereyra” (caso en el que dijo que “Los tribunales nacionales no están impedidos de ejercer, de oficio, el control de constitucionalidad, pues la Constitución Nacional, al incorporar al derecho interno las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, habilitó la aplicación de la regla interpretativa formulada por la Corte Interamericana que obliga a los órganos judiciales de los países que ratificaron a ejercer dicho examen”). Y este aval no se limita a la posibilidad de ejercerlo a través de su *ultima ratio*, que es la declaración de constitucionalidad, sino que abarca y comprende la integración de la norma bajo el procedimiento de “interpretación conforme” que vimos antes.

§ 19. Los usos y costumbres como fuente. No toda costumbre es susceptible de ser invocada como fuente del derecho. Cobra relevancia sólo cuando la ley o los interesados se refieran a ella, o en situaciones no regladas legalmente (para cubrir un eventual vacío o laguna). Además, la costumbre necesita elementos objetivos (observancia constante y uniforme, ser una práctica generalizada, mantenerse durante un cierto tiempo en tales condiciones) y subjetivos (un factor psicológico que implica que los operadores o sujetos la asumen con conciencia de su obligatoriedad, la llamada *opinio iuris et necessitatis*, que la distingue del mero uso o práctica extendida pero que no es costumbre en sentido normativo).

Se distingue habitualmente entre la costumbre *secundum legem* (que coincide con la ley), *praeter legem* (que va más allá de la ley, y es la que en las condiciones aquí prescriptas puede funcionar como fuente del derecho) y *contra legem*. Nótese que tomada en su literalidad, puede existir una costumbre que sea contraria a una ley pero no contraria al derecho, por estar conforme con principios o valores superiores del ordenamiento. Aquí viene a cuento remarcar, como haremos enseguida, la pertinencia de la distinción que propone el CCC entre “Ley” y “Derecho”.

§ 20. Fuentes “formales” y “materiales”. La jurisprudencia como fuente: negación legislativa y subsistencia práctica. Viene a cuento aquí recordar la clásica distinción entre fuentes “formales” (las que provienen de autoridades externas al intérprete, como la ley y los reglamentos, y la costumbre) y “materiales” (que incluyen en el intérprete por su persuasión, como la jurisprudencia, la producción académica o “doctrina” de los juristas, y los productos del derecho comparado).

Modificando el Anteproyecto, el Congreso de la Nación optó por suprimir del enunciado de criterios de interpretación a la “jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso” que figuraba en el art 1º proyectado por la Comisión redactora.

Aun quedando frustrada su “positivización”, lo cierto es que nada cambia en tanto la jurisprudencia va a mantener indudablemente su lugar como fuente formal del derecho, con dos factores que habrán de maximizar su importancia.

En primer lugar, porque la casuística será el campo de pruebas y de análisis principal en la medida en que muchas soluciones del Código se establecen en base a principios que tienen mayor posibilidad de desarrollo jurisprudencial que las rígidas “reglas”. El derecho “principalizado” es un derecho contingencial, más casuístico, más “líquido”, y brinda amplios campos de desarrollo a la jurisprudencia.

En segundo lugar, la pauta de interpretación “conforme” y la renovada exigencia de la motivación de las decisiones -incorporada al art. 3º CCC- demandan a la judicatura

un compromiso mayor de despliegue hermenéutico susceptible de decantar en “jurisprudencia”.

En todo caso, la jurisprudencia va a mantener indudablemente su lugar como fuente secundaria del derecho, con dos factores que habrán de maximizar su importancia. En primer lugar, porque la casuística será el campo de pruebas y de análisis principal en la medida en que muchas soluciones del Código se establecen en base a principios que tienen mayor posibilidad de desarrollo jurisprudencial que las rígidas “reglas”. En segundo lugar, la pauta de interpretación “conforme” y la renovada exigencia de la motivación incorporada al art. 3º demandan a la judicatura un compromiso mayor de despliegue hermenéutico que a su turno suscita una ampliación del campo de enunciación susceptible de decantar en “jurisprudencia”.

En algunos casos la jurisprudencia local ha seguido precedentes extranjeros, en particular norteamericanos (en buena medida ello ha sido el caso con las reglas de exclusión de prueba ilegalmente obtenida en el proceso penal, o la doctrina de la real malicia en el ámbito de la libertad de expresión). En esos casos, dado que la propia Corte Suprema ha adoptado una determinada matriz de análisis, será pertinente (aunque no determinante) la casuística ulterior desarrollada en la jurisdicción que ha servido como fuente de inspiración.

§ 21. Otras fuentes: la doctrina y el derecho comparado. Con respecto a la “doctrina” cabe formular similares consideraciones que las vertidas con respecto a la jurisprudencia, en el sentido de que su no inclusión en el listado de fuentes no implica que no sea pertinente su utilización en sus diversas funciones: científica, didáctica, práctica, crítica.

Del mismo modo, lo apuntado en relación a la aplicación de la jurisprudencia extranjera es aplicable al “derecho comparado”, una fuente posible de integración que ha inspirado siempre a nuestros legisladores y también ha sido fecundamente utilizada en el desarrollo jurisprudencial (por ejemplo, en materia de “acción de clase”, es notoria la influencia del derecho comparado en la doctrina que la Corte Suprema iniciara a partir del caso “Halabi”).

2º.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

§ 22. FUNDAMENTOS. Reglas de interpretación. Se propone incorporar un artículo relacionado con reglas de interpretación, a fin de aportar coherencia con el sistema de fuentes.

De conformidad con lo que señala la mayoría de la doctrina, la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley. También, incluimos sus finalidades, con lo cual dejamos de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación.

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

Se hace una referencia al ordenamiento jurídico, lo que permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto.

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

Con relación a los tratados internacionales, cabe señalar que todos los que ha suscripto el país y resultan obligatorios, deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido

valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo. (I.4.2)

§ 23. Interpretación e “integración”. Integrar el derecho implica determinar la norma aplicable para el caso a partir del ensamble de la totalidad de los elementos que componen el sistema jurídico. Con la referencia explícita al “ordenamiento” se reafirma la necesidad de que la interpretación ya no es la simple elucidación de las palabras de la ley, sino un esfuerzo hermenéutico que requiere al menos establecer como juegan los principios frente a las reglas, qué normas pueden tener primacía por implicar tutela de valores o libertades de mayor jerarquía, y resolver el problema de las “lagunas” del derecho.

§ 24. La “analogía”. Una pieza central en esa maquinaria interpretativa es la construcción de argumentos “por analogía”, que ya estaba contenida en el art. 16 CC y que ahora se trasvasa al art. 2 CCC. La aplicación de leyes análogas se funda, decía Raymundo Salvat, en el principio de que siendo las situaciones iguales, es posible que el legislador hubiera consagrado la misma regla (el adagio *ubi eadem ratio, ídem jus* que viene del derecho romano).

Cabe reiterar que la analogía debe apreciarse no en una mera equiparación o similitud situacional aparente, sino que debe sostenerse siempre en función de varios vectores aquí postulados en un orden de abstracción creciente, partiendo siempre de la literalidad de la norma (sus palabras), y comprendiendo a partir de allí una reconstrucción coherente con la *finalidad* de la ley, los *principios* y los *valores* del ordenamiento jurídico.

§ 25. Digresión a propósito de la interpretación analógica: sobre las enumeraciones “taxativas” y “enunciativas”. Un punto decisivo es si la aplicación de la analogía es posible o no. Está claro que ello no es viable en el derecho penal, que presupone un sistema de ilicitud discontinua estricto.

Pero en el derecho civil es posible la integración “por analogía” en los casos donde la ley contiene enumeraciones “enunciativas”, donde se podrá considerar que algunos casos no enunciados son equiparables *a simili* con los enunciados.

Por el contrario, cuando las cláusulas contienen previsiones “taxativas” no será posible aplicar la analogía.

§ 26. Las “finalidades”. Asumida explícitamente (y redundantemente) la centralidad del método teleológico, cabe pensar diversas “acepciones” de la “finalidad” como criterio interpretativo.

Podría pensarse, en primer término, en una finalidad “*occasio legis*”, dada por las motivaciones coyunturales del legislador al sancionar la norma. En los Fundamentos queda clara que la intención de los codificadores ha sido la de trascender esa concepción “originalista” y apreciar la finalidad en una perspectiva “dinámica”.

Emerge entonces la alternativa de pensar en la finalidad “*ratio legis*”, a tenor de los objetivos coyunturalmente deseados por el legislador. Se trata de una visión superadora, pero aún insuficiente. La finalidad que pretende el CCC es una finalidad que trasciende la racionalidad instrumental de la coyuntura, y que para ganar consistencia exige discernir los valores que subyacen en los objetivos de la ley.

Daniel Vítolo ha sugerido que el uso del plural en “las finalidades” habilita al intérprete a “sopesar *diversos efectos* según los alcances que se le adjudiquen a la norma, no sólo en relación con el caso concreto, sino con su armonización en el conjunto de todo el ordenamiento jurídico. De allí la alusión que la norma hace a las “... finalidades...” -en plural-, en lugar de la mera “intención del legislador” (“La interpretación de la ley en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en Diario DPI, 06.05.2015).

Compartimos ese criterio que presupone un operador del derecho atento, activo y prudente: el intérprete siempre debe revisar el resultado y los efectos de su aplicación. Congruentemente con ello, veremos por ejemplo que en la teoría del abuso ya se habla no solo del ejercicio abusivo de los derechos, sino de los efectos de una “situación jurídica abusiva” (art. 10 CCC).

En suma el art. 2º ofrece un prisma que exige pensar “el derecho” de un modo funcional, integrado y articular una hermenéutica orientada al resultado, para que las leyes tengan un alineamiento con las expectativas de coordinación y los contextos diversos en que los valores deben aplicarse.

§ 27. Los “principios y los valores”. Nótese que ya no se habla como en el art. 16 CC de principios “generales” sino de principios a secas. Puede entenderse que con ello cobran importancia no solo los *principios* que tienen un campo de aplicación *muy abierto* (como el de que nadie puede beneficiarse de un acto ilegal a cuya producción ha contribuido) sino también principios peculiares de ciertos subsistemas (como derecho laboral, derecho del consumidor, derecho comercial, etc.).

Vale la pena repasar que la expresión de “principios” puede tener varias acepciones *conceptualmente heterogéneas*. Se suele hablar de *principios* como:

- a) de normas de fuerte densidad axiológica a las que se atribuye una jerarquía superior y que deben predominar en caso de conflicto con cualquier regla;
- b) de objetivos, criterios o pautas que, explícitos o implícitos, sustentan y justifican, como premisa mayor, una serie de normas específicas, textualizadas o no (como el omnipresente principio de buena fe, o principios específicos como el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable mencionado en el art. 1094 CCC)
- c) de normas que se formulan con un campo de aplicación mas abierto y potencialmente indeterminado (enunciativo) que el de las “reglas” (disyuntivas, específicas y cerradas);
- d) de principios como “mandatos de optimización” (Alexy), que ordenan al operador procurar que en la solución adoptada se consiga la realización de un valor en la mayor medida posible;
- e) y, en una acepción no propiamente jurídica, pero que también se usa en el campo del derecho, se habla de principios como formulaciones estándar de un criterio dominante que admite soluciones diversas (en el sentido de “principios” y de “excepciones al principio”).

Esta lista no es completa y existen otros usos de la palabra “principios”, cuyo análisis excede notoriamente el rango de desarrollo de este comentario. En todo caso, cabe alertar de que siempre conviene especificar de qué tipo de principios estamos hablando, y tener presente esa polisemia para evitar un uso promiscuo del concepto, algo en lo que de hecho incurre el propio Código y los Fundamentos de la Comisión.

Por otro lado, es dable destacar que el Código aparece abierto a los “valores” jurídicos. Nótese que “principios y valores” no juegan como pautas “supletorias”, “de repuesto”, recursos in extremis a los que se acudía en supuestos de oscuridad o insuficiencia de las leyes, para resolver dudas semánticas o llenar “vacíos”, sino que son marcadores y sensores de coherencia que deben incorporarse en todo proceso de aplicación de normas.

En resumen, el CCC quiere un operador que actúe con un criterio sistémico y no meramente exegético, y por eso su sistema de fuentes propicia ahora acceder *directamente* a principios y valores para integrar o interpretar la norma.

§ 28. ANTECEDENTES PARLAMENTARIOS. Sobre la “finalidad de la norma” como fuente primera de interpretación. *Exposición del Dr. Ricardo Lorenzetti, en su intervención en la Reunión de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la*

Nación del 14 de agosto de 2012. “Lo que ocurre es que la intención nuestra, y esto está explicado, es que la ley sea fuente primera de interpretación. Esto es lo primero que se aclara porque si no hay mucha interpretación creativa en la jurisprudencia e ignoran la ley sin declararla inconstitucional”.

“Entonces, se pone la finalidad de la ley. Acá lo que se dice es que se pone la finalidad para eliminar la idea de la intención del legislador, no en el sentido que usted dice que es correcto, la intención del legislador siempre está presente y además acá se dice en el texto: “la ley y sus finalidades”, dentro de ellas está la intención. Lo que se aclara en los fundamentos es evitar la interpretación originalista, es decir, ir al origen. Cuando pasan muchos años, una ley está vigente, hay casos en los cuales el juez a veces cuando se resisten a la ley, a la intención del Congreso –y esto se está viendo en la jurisprudencia- se remite a la intenciones de hace varios años, fuera de época. Ahí se dice que se quiere evitar una interpretación originalista y por eso se le da prioridad a las finalidades. Las finalidades de la ley en la legislación actual normalmente están. Hoy se legisla mucho por objetivos y ustedes ponen en las leyes: “estos son los objetivos”. Ahí está reflejada la intención del legislador. No ha sido la intención ignorarlos, sino combatir una práctica jurisprudencial que distorsiona”.

LORENZETTI, Ricardo, *Intervención en la Reunión de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación del 14 de agosto de 2012*. Versión Taquigráfica de la Cámara de Senadores de la Nación. Disponible en <http://ccycn.congreso.gob.ar/versiones/buenosaires/2012-14-08b.html>

§ 29. JURISPRUDENCIA. El “control de convencionalidad”. La Corte Suprema Argentina ha dicho que “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)” que importa “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” “Mazzeo” (Fallos: 330:3248,(considerando 20).

Se advirtió también en “Mazzeo” que la CIDH “ha señalado que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones

de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". Concluyó que "[e]n otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124, considerando 21).

En diversas ocasiones posteriores la CIDH ha profundizado el concepto fijado en el citado precedente "Almonacid". En efecto, en el caso "Trabajadores Cesados del Congreso" precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana ["Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", del 24 de noviembre de 2006, parágrafo 128]. Tal criterio fue reiterado algunos años más tarde, expresado en similares términos, en los casos "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia" (del 10 de septiembre de 2010, parágrafo 202); "Gomes Lund y otros ('Guerrilha do Raguaia') vs. Brasil" (del 24 de noviembre de 2010, parágrafo 176) y "Cabrera García y Montiel Flores vs. México" (del 26 de noviembre de 2010, parágrafo 225).

Recientemente, el citado Tribunal ha insistido respecto del control de convencionalidad *ex officio*, añadiendo que en dicha tarea los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana {conf. caso "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina" del 29 de noviembre de 2011).

La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22) , incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.

- CSJN, "Rodríguez Pereyra", Fallos 335:2333, 27/11/2012

3º.- Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

CC 15

§ 30. El deber de resolver. Implícita y condensada en el epígrafe de la norma, se mantiene la regla del art. 15 CC (que a su vez venía del art. 4º del Código Napoleón): “los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”. Esto es, los casos deben ser resueltos, por aplicación de las fuentes dadas en el Código (art. 1º CCC), aplicadas según las reglas de interpretación (art. 2º CCC) y según las reglas probatorias aplicables. Entendemos que la palabra “asuntos” parece ser comprensiva tanto del proceso estrictamente adversarial como de los procesos voluntarios.

§ 31. Digresión: la “jurisdicción” como presupuesto del deber de resolver del juez. Una lectura a contrario sensu de esta norma es que los jueces no deben resolver sobre asuntos que no sean “sometidos a su jurisdicción”. Esto supone que los jueces no deben resolver asuntos que sean de naturaleza “consultiva” (para lo que no tienen, estrictamente, “jurisdicción”) como tampoco asuntos que no estén dentro de sus competencias judiciales procesalmente predefinidas, en lo que concierne a la distribución de competencias por razón de materia y por razón del territorio).

§ 32. Sobre “jurisdicción” y “competencia”. Aunque a veces se utilizan en forma intercambiable, cabe recordar la distinción entre “jurisdicción” y “competencia” en el ámbito procesal. La primera es la función que el juez ejercita, de aplicar el Derecho; la segunda, la aptitud legal de ejercer esa función con relación a un asunto determinado. En ese sentido, el Código mantiene el criterio básico del Código de Vélez, al establecer en el art. 78 CCC que “el domicilio determina la competencia de las autoridades en las relaciones jurídicas” (aunque existen muchas reglas específicas sobre competencias, tanto en el propio Código como en los Códigos de procedimiento nacional y provinciales).

§ 33. Digresión sobre la regla del *iura novit curia* y sobre las limitaciones impuestas por el principio de congruencia. El Código no fija pautas para el juez mas allá de la exigencia de que su decisión sea “razonablemente fundada”.

No obstante ello, cabe aclarar una potestad, y a la vez un límite, que operan simultáneamente en el ejercicio de la jurisdicción judicial.

La potestad está dada por el principio de que las partes alegan hechos y formulan pretensiones, pero es el juez el que resuelve cual es el derecho aplicable: “venire ad factum, curia iura novit”. Implícita en ese deber de resolver, y en las reglas fijadas en el título preliminar del Código, está la posibilidad de que el juez resuelva conforme al ordenamiento que entiende aplicable al caso, aún apartándose de las normas invocadas por las partes en sus planteos, o del encuadre jurídico que le fuera presentado.

Lo que no puede hacer el Juez, y en ese sentido estaría obrando fuera de su “jurisdicción”, es resolver en la sentencia (o en actos interlocutorios antecedentes) sobre cuestiones no planteadas por los litigantes, o que sus partes resolutivas se relacionen con pretensiones que no fueron articuladas o sometidas a su decisión, por mas que haya advertido su plausibilidad en el curso del proceso.

A ello se conoce como “principio de congruencia”, que implica que el juez no puede actuar fuera del marco de lo pedido por las partes (y, correlativamente, en las apelaciones, los jueces que resuelven los recursos sólo pueden pronunciarse en materias que hayan sido apeladas por las partes, y no pueden cambiar lo que hayan consentido).

Si así lo hiciera, estaría afectando no solo las reglas del debido proceso, sino también transgrediendo esta pauta del art. 3 CCC.

No es incompatible con ello, en cambio, la posibilidad de producir prueba judicial “para mejor proveer”, a iniciativa del juez (de oficio), pero siempre recordando que no puede producirse prueba sobre hechos que no hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos.

§ 34. Otra digresión: reglas probatorias, presunciones y criterios para “casos de duda”. Un corolario de la “constitucionalización” del derecho que adopta como estandarte el Código es el de la “publicización del proceso”, lo que implica acotar en parte los rigores emergentes del principio dispositivo. Ello se advierte en numerosas disposiciones procesales contenidas en Códigos de Fondo y en normas que habilitan al juez a tomar decisiones con criterios amplios.

Otro reflejo de ello se ve en temas de derecho probatorio. Sabido es que el principio general es que la carga de la prueba corresponde a quien demanda, aunque a lo largo de este Código veremos algunos casos donde específicamente se establecen inversiones de la carga de la prueba, adopción de cargas probatorias dinámicas (la

carga de la prueba corresponde a quien esté en mejor posición para aportarla) y criterios que debe adoptar el juez “en caso de duda”.

Las presunciones consisten en un mecanismo de relevancia probatoria que orienta en un sentido específico la carga de la prueba, y pueden ser expresadas en forma positiva (cosas que “se presumen”, y el interesado deberá probar que no fueron así) o negativa (cosas que expresamente “no se presumen”, debiendo ser probadas por quien alegue que existieron u ocurrieron). En ambos casos se habla de presunciones “*iuris tantum*”, siendo excepcional el caso de presunciones que *no* admiten prueba en contrario (presunciones “*iuris et de iure*”). Por ejemplo, los registros de la contabilidad obligatoria “prueban contra quien la lleva o sus sucesores, aunque no estuvieran en forma” (art. 330 CCC).

En un anexo de estos fascículos realizaremos un inventario y taxonomía de las presunciones y las reglas probatorias contenidas en el CCC.

§ 35. El deber de adoptar una decisión “razonablemente fundada”. En la norma final del capítulo, el simple deber de *resolver* los casos (derivado del art. 15 CC que instituye que “los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”) es transformado en un deber que ahora tiene un *plus*: el deber del juez de adoptar “una decisión *razonablemente fundada*”. Si bien esto resulta una innovación en el contexto del Código de fondo, hay que recordar que todos los Códigos procesales ya incluían reglas y exigencias específicas de motivación al detallar el contenido de las sentencias (y, por supuesto, desde “Rey c. Rocha” de 1908 la Corte Suprema ha venido desarrollando su doctrina de arbitrariedad de sentencia para descalificar fallos que presentan severos errores de motivación).

En los *Fundamentos* se afirma que “esta disposición se aplica extensivamente a todos los que deben decidir casos con obligación de fundarlos”. Si bien esto implica propiciar una plausible extensión de la pauta a funcionarios no judiciales, lo cierto es que el art. 3º sólo habla de “el juez”.

CAPÍTULO 2. Ley.

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

§ 36. La obligatoriedad de “las leyes”. Se debe entender este concepto como obligatoriedad de las *normas en general*. Manteniendo el criterio interpretativo ya consolidado en el texto correlativo en el Código de Vélez (art. 1º CC) en el art. 3 CCC se está aludiendo a leyes en sentido “material” (no “formal”) por lo cual ello es comprensivo de normas jurídicas generales tales como decretos, reglamentos, resoluciones, etc.

§ 37. El principio de “territorialidad”. Se mantiene también el principio de que en el territorio nacional se aplica la ley nacional. Ello no cierra la posibilidad de que en tribunales argentinos se apliquen leyes extranjeras, en las hipótesis de derecho internacional privado que contempla el Código en su última parte (Libro VI, Título IV), donde las veremos en detalle. Aún en esos casos, como manda el art. 2600 CCC, “las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”.

5º.- Vigencia. Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen.

§ 38. Vigencia de las leyes y exigencia de publicidad. Se mantiene en el CCC la referencia a la “publicación oficial” de las leyes como condición de su vigencia, con una suerte de ficción legal de que a partir de ese acto no se podrá alegar el desconocimiento de las normas por parte de los sujetos obligados o regulados por ellas (a ello se refiere el “principio de inexcusabilidad” del art. 8 CCC). Como decía el jurista francés Portalis, la publicación de las leyes tiene por objeto no tanto hacer conocer la ley, como fijar un día desde el cual se la considerará conocida.

El plazo de vigencia será de ocho días (corridos, según vemos en el modo de cómputo general) aunque la ley puede disponer su entrada en vigencia inmediata o – como ha sido el caso de este mismo Código Civil y Comercial unificado- diferida. También podría darse el caso de que una ley disponga un sistema escalonado de vigencias, de forma tal que algunas normas sean de aplicabilidad inmediata y otras estén sujeto a un plazo más largo.

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

CC 23 a 29

§ 39. Cómputo de los plazos. Se mantienen reglas del CC, incorporándose la regulación del plazo de horas. En los *Fundamentos* se explica que se tomó esta norma del Proyecto de 1998, suprimiendo de allí la propuesta regulación del plazo de gracia, institución que por su naturaleza debía ser materia a regular dentro de cada ordenamiento procesal.

Recordemos que esta norma permite que las leyes dispongan modos diferentes de computar los plazos. Es habitual que leyes procesales o administrativas cuenten plazos por días hábiles. Otro ejemplo: la ley 17.801 de registración inmobiliaria adopta el criterio de que el plazo se computa desde el día mismo de una presentación, cambiando en ese punto la regla general de que los plazos se cuentan a partir del día siguiente.

La parte final del artículo también habilita a que las partes establezcan un modo convenido (“convencional”) de computar un plazo, de manera que esta norma no es de orden público.

§ 40. Reglas particulares y ejemplos. Veamos algunos casos posibles.

- *Plazos en horas.* “En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda ésta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente”. Conforme a ello, si alguien asume la obligación de cumplir con un acto en el término de “24 horas” a las diez de la mañana, el plazo

empieza a correr desde las once y consecuentemente vencerá a las once de la mañana del día siguiente.

- *Plazos en días.* Si se fija un plazo por “cinco días” a partir del 5 de abril, el plazo comenzará a correr del día 6 de abril (“queda éste excluido del cómputo, el cual debe empezar al siguiente”).
- *Plazos en meses.* “Los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha”. Ello significa que si es contraída una obligación el 4 de diciembre fijando un plazo por el término de dos meses, el vencimiento del plazo ocurrirá el 4 de febrero del siguiente año. En el caso de que esa obligación se hubiese contraído el 30 de diciembre, el vencimiento ocurrirá el último día de febrero del siguiente año (ello es así porque “cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes”).
- *Momento del vencimiento del plazo.* Un sujeto obligado no estará incumpliendo un plazo hasta que culmine todo el día del vencimiento (“Los plazos vencen a la hora veinticuatro del día del vencimiento respectivo” es el corolario de la regla de que “día es el intervalo entero que corre de medianoche a medianoche”). Conforme a ello, un término que venza el 15 de marzo sólo estará vencido cuando comience el día 16 de marzo. Recordamos siempre que las partes pueden pactar en contrario en este aspecto.
- *Husos horarios.* Salvo que se especifique lo contrario, los términos de horas y días se computan según el huso horario aplicable a la República Argentina (UTC -3) establecido por la nacional ley 26.350.

7º.- Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

CC 3

§ 41. Principio de aplicación inmediata de las leyes a “las relaciones y situaciones jurídicas existentes”. La Comisión ha querido mantener la misma regla de “derecho transitorio” fijada en la otra gran reforma del Código (la de 1968, dada por la ley 17.711). Esto implica que una relación (un alquiler, un matrimonio, una sociedad) pueden haber nacido bajo otras reglas (por ejemplo, las del CC) y en lo sucesivo seguir su desarrollo bajo reglas nuevas (el CCC). No existe ningún problema en ello en tanto es jurisprudencia consolidada de la Corte que nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a la inalterabilidad de los mismos (Fallos 325:2600 y 2875, entre muchos). Cabe tener en cuenta, sin embargo, que esta aplicación inmediata no puede afectar derechos ya incorporados al patrimonio, tal como puntualizaremos más abajo.

§ 42. Aplicación de leyes que modifican los plazos de prescripción. Este supuesto particular está legislado en el art. 2537 CCC, que sienta el principio de que los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior.

Sin embargo, acota esa norma en su segundo párrafo, “si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior”.

§ 43. Aplicación inmediata de las leyes “aún” a las relaciones y situaciones jurídicas existente. Como se ha dicho, los proyectistas no quisieron innovar y su idea fue mantener los conceptos del art. 7 del Código Civil vigente, que Borda adoptó en 1968 con la ley 17.711 inspirándose en las ideas del jurista francés Paul Roubier. Sin embargo, se advierte una diferencia de una sola palabra, porque el art. 7º CC habla de aplicación inmediata “aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”. Los proyectistas del Código han afirmado que el Ministerio de Justicia remitirá al Congreso una ley de fe de erratas para incorporar ese “aún” perdido.

En todo caso, es claro que el espíritu del legislador fue apegarse estrictamente al art. 7º, con la implicancia técnica de que cabe asumir la aplicabilidad de la jurisprudencia ya existente en relación al mismo.

§ 44. La retroactividad: precisiones. En cuanto a la “retroactividad”, el art. 7º sigue con la trayectoria sinuosa de la norma fuente del CC. Está (1) prohibida en principio, pero (2) se admite disposición en contrario, aunque (3) no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Corresponde esclarecer sobre el ámbito en que tiene lugar la limitación señalada aquí en (3). En concreto, hay un principio de irretroactividad consistente en que no procede aplicar una ley nueva para juzgar hechos anteriores, que ocasionaron la constitución, modificación o extinción de situaciones jurídicas. Como dice Paul Roubier, el jurista francés que inspiró la redacción del anterior art. 7º CC, “Las leyes son retroactivas cuando vuelven sobre el pasado, sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, sea para modificar o suprimir los efectos ya realizados de un derecho. Fuera de estos casos no hay retroactividad y la ley puede modificar los efectos futuros de hechos o de actos incluso anteriores, sin ser retroactiva” (*Les conflits de lois dans le temps. Théorie de la non-rétroactivité des lois*, Tome I. Paris, Recueil Sirey, 1929).

De ese modo, los efectos producidos por una situación jurídica, con anterioridad a la nueva ley, son regidos por la ley antigua.

Así formulado, ese principio no impide lo que el Código efectivamente avala, que es la aplicación de las leyes nuevas a las consecuencias de una situación jurídica existente o nacida bajo una ley anterior.

§ 45. DOCTRINA. Vélez Sarsfield sobre la aplicación inmediata de las leyes. “...El interés privado es sin duda un punto de vista capital, pero también el interés general de la sociedad exige que las leyes puedan ser modificadas y mejoradas y que las leyes nuevas, que necesariamente se presumen mejores reemplacen cuanto antes a las antiguas cuyos defectos van a corregir. La nueva ley deberá entonces ser aplicada aún a las consecuencias de los hechos anteriores, que sólo son meras expectativas y no derechos ya adquiridos.

Entendemos por derechos adquiridos antes del hecho, del acto o de la ley que se les quiere oponer para impedir su pleno y entero goce. Un derecho que puede ser revocado ad nutum por la persona que lo ha conferido, no es un derecho adquirido sino una mera expectativa. La ley nueva que lo encuentra en ese estado puede tomarlo para regirlo a su voluntad: puede revocarlo o modificarlo, pues que es revocable y el poder de la ley abraza todo lo que no estaba irrevocablemente terminado antes de su publicación”

(Velez Sarfield, nota al original artículo 4044 del CC).

§ 46. Leyes supletorias sobre los contratos en curso de ejecución. La regla dada por este art. 7 CCC implica que los contratos que estuvieran ejecutándose al momento de la vigencia del Código seguirán rigiendo en los términos en que fueron concebidos. Esto implica que se aplicarán las reglas propias del contrato, mas la

legislación supletoria del Código Civil o Comercial que vienen a ser reemplazados por el nuevo CCC, de forma que aquí tendríamos una hipótesis puntual de aplicación *ultraactiva* o *diferida* de leyes.

§ 47. FUNDAMENTOS. Nuevas normas supletorias. Se introduce una ligera variante con relación a la regulación actual del artículo 3º del Código Civil con relación a los contratos en curso de ejecución y las nuevas normas supletorias. Según el entendimiento tradicional, la vigencia de las normas supletorias se basa en que las partes han callado porque la ley preveía lo que ellas querían estipular y porque acordarlo en el contrato, hubiera sido una estipulación sobreabundante e inútil. Por consiguiente, si una reforma legislativa altera los preceptos supletorios de un contrato dado, los contratos en curso deben ser juzgados por la vieja ley, que forma parte de ellos; en realidad, lo que se respeta no es la vieja ley, sino la voluntad de las partes. Sin embargo, tratándose de una relación de consumo, particularmente cuando el contrato es de duración, cabe descartar la presunción de una voluntariedad “común” sobre la remisión a las normas supletorias vigentes. Por ello, dado que es de presumir que la nueva ley mejora según lo justo la derogada y que el legislador la sanciona de acuerdo a lo que parece más razonable según los cambios sociales o las prácticas negociales, procurando interpretar lo que hubieran con justicia pactado las partes de haberlo previsto, parece conveniente que, en estos contratos de consumo, la regla sea invertida en el sentido que, al contrato de consumo en curso de ejecución, le sean aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando, obviamente, por fidelidad a un principio cardinal que informa la materia, sea más favorable al consumidor (III, 5.3).

§ 48. Concepto de “derechos adquiridos”. Cabe recordar aquí un antiguo precedente de la Corte Suprema, que es criterio consolidado del tribunal, en que se dijo que “...el legislador podrá hacer que la ley nueva destruya o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existentes; los jueces, investigando la intención de aquel, podrán, a su vez atribuir a la ley ese mismo efecto. Pero ni el legislador ni el juez pueden, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior. En ese caso, el principio de la no retroactividad deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad” (CSJN, “Horta c. Harguindeguy”, 21/08/1922, Fallos 137:47).

§ 49. La “transición” entre el CC y el CCC: el caso de las demandas con sentencia firme. La duda aquí se podría plantear cuando a partir de estas demandas han surgido derechos pendientes de cumplimiento, que podrían haber sido resueltas de modo diferente bajo las reglas del nuevo Código. ¿Se puede pedir una suerte de “revisión”? La respuesta negativa se impone. Un caso típico de esta situación podría ser el de una prestación alimentaria conferida con el divorcio con “declaración de culpabilidad” que ahora deroga el CCC. En este caso la sentencia hace “cosa juzgada” sobre el derecho a la prestación, ello sin perjuicio de las acciones por reajuste, incumplimiento, etc.

§ 50. DOCTRINA. Expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme. “El hecho de que se haya dictado una sentencia que no se encuentra firme no tiene influencia sobre cuál es la ley aplicable. Así, por ej:

a) Si en el período que va entre el dictado de la sentencia de primera instancia y la de la cámara se dictara una ley más favorable para el consumidor, el tribunal de apelaciones debería aplicarla a todas aquellas consecuencias no agotadas y que hayan operado mientras el expediente estuvo en la Cámara.

b) Si la Cámara revisa una sentencia relativa a un accidente de tránsito, aplica la ley vigente al momento de ese accidente; en agosto de 2015 revisará conforme el artículo 1113 del CC, no porque así resolvió el juez de primera instancia, sino porque la ley que corresponde aplicar es la vigente al momento de la constitución de la relación jurídica. En cambio, si la apelación versara sobre consecuencias no agotadas de esas relaciones, o lo que atañe a la extinción de esa relación (por ej., se discute la aplicación de una ley que regula la tasa de interés posterior al dictado de la sentencia de primera instancia), debe aplicar esa ley a los períodos no consumidos; más aún, debería aplicarla también a los consumidos si la ley ha establecido su carácter retroactivo y no se vulneraran derechos adquiridos.

c) Para que haya divorcio se requiere sentencia (arts. 213.3 del CC y 435 inc. c del CCyC); se trata de una sentencia constitutiva, sin perjuicio de que algunos efectos se retrotraigan a un momento anterior. Por lo tanto, mientras no haya sentencia firme, no hay divorcio, lo que implica (...) que después del 1/8/2015, si el expediente que declara el divorcio contencioso se encuentra en Cámara porque la sentencia de primera instancia fue apelada, el tribunal de apelaciones no puede ni debe revisar esta decisión a la luz del Código Civil, porque está extinguiendo una relación, y la ley que rige al momento de la extinción (el código civil y comercial) ha eliminado el divorcio contencioso. Debe pues, declarar el divorcio, pero sin calificación de inocencia o culpabilidad”.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme* (nuevocodigocivil.com, 2015)

§ 51. Acotaciones a propósito de la aplicación del CCC a demandas en trámite. Aunque a este respecto veremos sin duda diversas soluciones que adoptará la jurisprudencia, cabe propiciar una solución complementaria a la recién glosada, y que Aída Kemelmajer en cierta medida sugiere en el artículo citado, cuando concede que nada impide que el juez "invite a las partes, si lo estima conveniente, a argumentar sobre cuál es la ley aplicable, si se trata de una cuestión dudosa".

Mas allá del "nada impide", puede arguirse que una cabal comprensión del principio de bilateralidad del proceso requiere que si efectivamente hay una cuestión dudosa sobre el derecho transitorio aplicable el juez "debe" dar traslado a las partes.

Sin perjuicio de ello, esta secuencia también puede ser pedida por las partes de un proceso. Para ello deben explicar, muy claramente, por qué razón se planteará la necesidad de hacer una limitada reexposición del derecho aplicable al caso (y, en su caso de alegar y aportar prueba relevante únicamente en lo concerniente a lo que no haya sido posible o relevante plantear al momento de constituir la litis bajo la vigencia del sistema de los Códigos).

Cabe acotar, al mismo tiempo, una importante salvedad con respecto a la situación de las *cuestiones no apeladas*. Imaginemos una sentencia que llega a la Cámara únicamente por una cuestión de honorarios, pero ya resuelta en cuanto al tema de fondo. En ese caso la Cámara no podrá revivir lo que ya es cosa juzgada. Confluyen en ello el principio de preclusión y el principio de congruencia. En base a este mismo criterio debe entenderse que la entrada en vigencia del nuevo Código en modo alguno habilita a alguien para replantear cosas que no fueron oportunamente planteadas.

§ 52. Las normas procesales contenidas en el CCC: aplicación inmediata a los procesos en curso. Como ya hemos dicho, el Código Civil y Comercial incluye algunas normas procesales. Recordamos aquí que conforme a un criterio consolidado, las leyes sobre procedimiento y competencia son de orden público y aun en caso de silencio de ellas, se aplican a las causas pendientes. Desde luego, ello no se hará retroactivo a etapas precluidas del proceso.

8º.- Principio de inexcusabilidad. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico.

CC 23 a 29

§ 53. FUNDAMENTOS. Invocabilidad del “Error de Derecho”. Proponemos mantener el principio básico del sistema que consiste en que la ley se presume conocida. Resta considerar la situación de los sectores vulnerables por su situación social, económica o cultural, en los que, muchas veces, resulta justificable eximirlos del conocimiento presuntivo de la ley supletoria. Sin embargo, la Comisión considera que una regla general de este tipo en el título preliminar podría tener una expansión muy amplia en su aplicación que podría deteriorar seriamente el presupuesto básico. Por otra parte, no se advierten casos que no puedan ser solucionados por medio de las diversas normas que existen en el sistema para la tutela de los vulnerables (III, 5.4).

CAPÍTULO 3. Ejercicio de los derechos.

§ 54. FUNDAMENTOS. Sobre las reglas de ejercicio de los derechos: su regulación como principios generales. Los dos primeros títulos “Del Derecho” y “De la ley” contienen guías dirigidas a los jueces y juezas. El título referido al ejercicio de los derechos tiene por destinatario principal a los ciudadanos.

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

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

Por esta razón se propone incluirlos en el *título preliminar*.

De esta manera consideramos que se están suministrando pautas generales para el ejercicio de los derechos que tienen una importancia fundamental para dar una orientación a todo el código (...) que luego se

complementan con reglas específicas existentes en materia de obligaciones, contratos, derechos reales y otros aspectos, sin dejar de considerar la influencia que ello tendrá sobre las leyes especiales. (III, 6.1)

9º.- Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.

CC 1198

§ 55. El ejercicio “de buena fe”. El principio de que los derechos deben ser ejercidos *de buena fe* aparece como la primera *regla de ejercicio* de los derechos que consagra el CCC.

La función del principio de la “buena fe” es tanto *limitativa* (el ordenamiento no ampara a quien ejerce un derecho de mala fe o de modo disfuncional) como *tuteladora* (el ordenamiento ampara a quien obró de buena fe). Así la buena fe o mala fe puede tener efectos sobre la validez de actos jurídicos y sobre la interpretación del alcance y los efectos de los mismos.

Es importante aclarar que, a falta de elementos que la pongan en cuestión, *la buena fe “se presume”*.

Mas allá de la referencia general del Título Preliminar, el CCC utiliza frecuentemente el concepto de *buena fe* en muchas reglas particulares. Por ejemplo, en el artículo 991, referido a las tratativas precontractuales: bajo el acápite “Deber de buena fe”, se dice que “durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato”; este sería un caso de buena fe “lealtad”.

También más adelante, en materia de “posesión y tenencia”, el art. 1918 CCC nos indica que “El sujeto de la relación de poder es de buena fe si no conoce, ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad” (se trataría de un caso de buena fe “creencia”). Seguidamente, el art. 1919 CCC dirá que “La relación de poder se presume de buena fe, a menos que exista prueba en contrario”, confirmando la presunción general antedicha.

§ 56. Buena fe “objetiva” (ejercicio con *lealtad*) y “subjctiva” (buena fe *creencia*). Existe una distinción entre la llamada “*buena fe lealtad*”, que tiene que ver con lo que una persona “hace” al ejercitar su derecho, y la “*buena fe creencia*” que se relaciona con lo que una persona “supone” al ejercitar su derecho. En los *Fundamentos* se explica que “al ser un principio general, se incluye tanto la buena fe, en el sentido de la exigencia de un comportamiento leal (objetiva), como la denominada buena fe “creencia” (subjctiva), que incluye la apariencia”. Congruentemente con este principio aparecen aplicaciones particulares de estas ideas, como la regla de *representación aparente* dada en el art. 367 CCC.

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

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

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

CC 1071

§ 57. Los tres párrafos que regulan el abuso del derecho en el art. 10 CCC. El art. 10 del Código como una suerte de ejemplo viviente de las diversas “capas geológicas” que es posible advertir en el CCC.

El primer párrafo es el que parte del art. 1071 CC original, y le hace una sustancial incorporación dada en una sola palabra: si en la versión original de Vélez Sársfield se decía que el ejercicio de un derecho propio no podía constituir como ilícito ningún acto, desde 1968 (a partir de la reforma de la ley 17.711) ello sólo se predica sobre “el ejercicio *regular*” de un derecho.

El párrafo segundo fue agregado también en la ley 17.711, y ahora en el CCC incorpora también una importante variación: ya no se habla de los fines que “la ley tuvo en mira al reconocerlos” sino de los fines “del ordenamiento” (enseguida volveremos sobre esto).

Se mantiene la doble base para establecer cuándo se configura el abuso de derecho: una más concreta que es dada por un desvío de la función o destino para el

que el derecho fue creado, y una más amplia que establece su patrón de contraste con la observancia de los límites de la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Finalmente, el tercer párrafo sigue el art. 396 del Proyecto de Código Civil de 1998 (con la incorporación de la “situación jurídica abusiva”) dándole cabida tanto a la acción precaucional o preventiva (que cesen los efectos del abuso), a la indemnización (que se compense por el daño sufrido) y al regreso al *statu quo ante* (volver las cosas al cauce del ejercicio “regular” del derecho). Se trata de hipótesis no excluyentes entre sí y que pueden articularse conjuntamente.

§ 58. FUNDAMENTOS. Sobre el “abuso del derecho” y la “situación jurídica abusiva”. Las modificaciones propuestas son las siguientes:

a) Definición como *principio general*: se lo incluye como un principio general del ejercicio de los derechos en el título preliminar, lo cual es una importante decisión, porque cambia la tonalidad valorativa de todo el sistema, sin perjuicio de las adaptaciones en cada caso en particular.

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

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

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

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

Esta decisión tiene una gran importancia por dos razones:

- Los fines actuales del ordenamiento incluyen no sólo los *sociales*, sino también los *ambientales*, dándose así cabida a la denominada función ambiental de los derechos subjetivos.
- Es coherente con las reglas de interpretación que se proponen en este título preliminar. (III, 6.3)

§ 59. Se remueve el pretérito indefinido del art. 1071 CC, que quería “anclar” al intérprete al criterio original del legislador “histórico”. A riesgo de redundar, subrayamos la trascendente alusión a los “fines del ordenamiento”. En una pequeña pieza de doctrina, el secretario de la Comisión Redactora, Miguel De Lorenzo, había expresado su perplejidad acerca del “pretérito indefinido” del art. 1071 CC. Esos “fines que se tuvieron en mira”, decía De Lorenzo, constreñían al intérprete a los argumentos dados en la *occasio legis* y no le permitían adoptar una interpretación evolutiva.

El pequeño pero importante cambio en la letra de la norma, que ahora habla de los “fines del ordenamiento”, habilita y propicia una reinterpretación contemporánea de las normas. “La voluntad del legislador no queda fijada por la interpretación con un contenido concreto para todo tiempo, sino que —como decía Radbruch— permanece siempre capaz de contestar con nuevas aclaraciones a las nuevas necesidades y problemas jurídicos suscitados por las transformaciones de los tiempos. Cuando nos referimos pues, a los “fines” de la norma, hacemos referencia, en todo caso, a los fines duraderos y a la par variables de ésta. Creo que en esto reside, precisamente, la distinción entre la *occasio legis*, es decir, el motivo histórico de la norma, de la *ratio legis* que, emancipada de las motivaciones efímeras o episódicas, acompaña a la ley, como decía Reichel, a través de todos los tiempos”. (“Abuso de derecho y pretérito indefinido”, La Ley, t. 2009-C , p. 1339)

§ 60. Acción preventiva y abuso de derecho. Más adelante, el CCC legisla sobre la “acción preventiva”, que “procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento”, aclarando que en tal caso “no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución” (art. 1711 CCC). Al correlacionar ambas normas se observa que el damnificado actual o potencial (si el perjuicio es “previsible”) puede articular esa acción de un modo “objetivo”, por el solo hecho del daño que se suscite a través de un ejercicio abusivo o de una situación abusiva.

§ 61. Digresión: el caso de los actos discriminatorios y la ley 23.592. Así como la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, tampoco ampara su ejercicio discriminatorio. Aunque el Código Civil y Comercial no incluyó específicamente a esta categoría de actos, la idea forma parte de nuestro ordenamiento por imperio de una disposición vigente, de carácter general, dada en la ley “antidiscriminatoria” 23.592, cuyo artículo primero establece que “quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”.

Ese artículo realiza una enumeración “enunciativa” puntualizando que “se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos” (art. 1º in fine ley 23.592). Se ha elaborado jurisprudencia específica sobre el alcance del “dejar sin efecto” el acto discriminatorio, en virtud de lo cual se ha ordenado por ejemplo la restitución en el cargo de trabajadores perjudicados por un despido discriminatorio. Existe clara similitud entre esta lógica y la directiva de “restitución al estado anterior” que figura en el art. 10 CCC.

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

§ 62. Situación jurídica abusiva y abuso de posición dominante. La “situación jurídica abusiva” es un concepto relacionado causalmente con el abuso del derecho, que ya no es apreciado en lógica singular sino en una mirada conglobante. Por eso en los *Fundamentos* (6.3.b.1) se dice que en ellas “el abuso es el resultado del ejercicio de una pluralidad de derechos que, considerados aisladamente, podrían no ser calificados como tales”.

Es importante aclarar que a los efectos del Código Civil la mera existencia de una “posición dominante” no genera por sí misma ningún efecto ni merece reproche. Pero el Código hace hincapié en ella tomando nota que muchos abusos del derecho y muchas “situaciones jurídicas abusivas” se gestan a partir de que un actor del mercado tiene un decisivo poder de predisposición de condiciones por su posición dominante.

El CCC no establece parámetros para definir a la “posición dominante”, aunque estos están establecidos en la Ley de Defensa de la Competencia 25.156. En el artículo 4º esta ley preceptúa que “se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos”. El artículo 5º agrega que a los fines de establecer la existencia de posición dominante debe considerarse: a) El grado en que el bien o servicio de que se trate, es sustituible por otros; b) El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate; y c) El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir al abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder. Esas definiciones legales podrían ser utilizadas analógicamente para evaluar la existencia de una posición dominante en el contexto del Código Civil.

12.- Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.

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

CC 21

§ 63. Leyes “de orden público” y “leyes supletorias”. Las leyes “de orden público” tienen como característica especial el hecho de que sus disposiciones no pueden ser modificadas por convenio entre las partes.

En el sistema del Código conviven estas regulaciones “de orden público” con otras regulaciones “supletorias” que sólo rigen cuando las partes no han convenido nada distinto. Por ejemplo, la mayor parte de las reglas concernientes a la locación son supletorias, aunque el plazo mínimo de la locación es de orden público. En los *Fundamentos* (II, 1.4) se apunta que como consecuencia de la *constitucionalización del derecho privado* el nuevo CCC “reconoce un importante contenido de normas de orden público en áreas relevantes”.

El CCC trata de organizar esta convivencia en algunas normas de prelación normativa. Así aparece la pauta la del art. 963 CCC, aplicable para los contratos, disponiendo si concurren disposiciones del Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y del Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial, y d) normas supletorias del Código.

§ 64. Cuáles son las normas de “orden público”. Ni el Código anterior, ni el CCC, hacen una definición conceptual de las normas “de orden público”, obligando a establecer si esa naturaleza se da a partir del análisis de cada norma en particular.

La doctrina marca que tienen esta naturaleza las normas sobre atributos de la persona humana (capacidad, nombre, estado de familia, derechos personalísimos) así como las normas que regulan la constitución, capacidad, funcionamiento y extinción de las personas jurídicas.

Dos áreas específicas tienen un marcado contenido de normas de orden público que veremos en detalle en las secciones respectivas: Familia y Derechos Reales. También existen normas de orden público en el régimen de las obligaciones (característicamente disponiendo casos de condiciones prohibidas que buscan proteger a las partes débiles de un vínculo ocasional o a consumidores) y en menor medida en el campo de las sucesiones (a través de los límites a la libertad del difunto para disponer de sus bienes post mortem, a través de las porciones “legítimas” que son mínimos para sus herederos, aunque en ese aspecto el CCC otorga mayores grados de libertad que el Código al que reemplaza).

Por empezar, y dentro del mismo CCC, en muchos casos podemos tener claro que hay normas que no son “de orden público” cuando el Código expresamente habilita que las partes pacten reglas distintas a las que contiene –en ese caso, sin dudas- con carácter “supletorio” (un ejemplo de este mismo título preliminar está dado por la posibilidad de que las partes establezcan un modo convencional de cómputo de plazos).

§ 65. “Orden público” y “buenas costumbres”. Se mantiene en el primer párrafo de esta norma el art. 21 del CC, eliminando la referencia que equiparaba el orden público a “las buenas costumbres” (aunque como veremos más adelante el art. 386 CCC fulmina de *nulidad absoluta* “los actos que contravienen el orden público, la moral o *las buenas costumbres*”, marcando aquí la persistencia de la impronta moralista).

§ 66. El “fraude a la ley”. El párrafo 2º reproduce el art. 8º del Proyecto de 1998. Debe tenerse en cuenta que el fraude “a la ley” –que únicamente funciona con leyes “imperativas”, o *de orden público*- tiene una naturaleza objetiva, con los efectos que determina este artículo, y debe distinguirse del fraude como vicio del acto jurídico que consiste, en lo esencial, en realizar actos en perjuicio de acreedores que –con su consecuencia de inoponibilidad del acto al acreedor- es regulado en los arts. 338 y ss CCC.

El “fraude a la ley”, ahora conceptualizado en el CCC, implica el recurso a una técnica jurídica que busca evadir una prohibición, o soslayar el cumplimiento de una obligación legal imperativa (la ley que se ve “defraudada”), al encuadrar el acto en una “ley de cobertura”, que no corresponde a la naturaleza de la operatoria. De esa forma, por ejemplo, se pueden evadir normas laborales estructurando lo que en la realidad funciona como una relación de empleo bajo la “cobertura” de una prestación de servicios discontinua, o burlar las restricciones a la “legítima” hereditaria por la constitución de una sociedad.

Nótese que en el abuso del derecho del art. 10 CCC existe únicamente una normativa involucrada, mientras que en el “fraude a la ley” se da esta dualidad entre lo formal y lo sustancial (un derecho “de cobertura” frente a un derecho “defraudado”, ello siempre bajo la mirada conglobante del “ordenamiento” y no necesariamente de las normas aisladamente consideradas).

§ 67. Consecuencia del “fraude a la ley”. La solución general dada en este art. 12 no acarrea la nulidad del acto, sino su sometimiento a la normativa que se trató de eludir. En nuestro primer ejemplo, ello comportará, por ejemplo, la consecuencia de que el dependiente podrá reclamar su encuadramiento como empleado bajo los principios del derecho laboral. Ahora bien, en los casos en que precisamente la norma imperativa tenga prohibido un acto determinado, su consecuencia efectiva puede ser, efectivamente, la nulidad.

La doctrina civilista parecía inclinarse en el sentido de que el “fraude a la ley” no se basa en el propósito de reprimir la mala fe sino en la necesidad de proteger los fines del ordenamiento. La norma del CCC parece inclinarse por este concepto, ya que su objeto de examen es “el acto” en sí, sin referencia a un animus por parte de los intervinientes mas allá de su apartamiento de un resultado que sea análogo a uno prohibido por norma imperativa.

§ 68. El “fraude a la ley” y el “orden público” como barrera a la aplicación extraterritorial del derecho extranjero. Con relación al tema del

artículo que comentamos, también se regula el fraude a la ley en el recurso a la legislación de otro país que viola normas imperativas de nuestro ordenamiento, supuesto que es captado por los arts. 2598 a 2600 CCC.

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

CC 19

§ 69. Renuncia de los derechos. Son aplicables dos observaciones que la doctrina civilista formulaba con respecto a su antecedente, el art. 19 CC. La primera es que obviamente esta disposición se refiere a la renuncia a “derechos” que un sujeto podría tener por la aplicación de las leyes (no tendría sentido una renuncia a obligaciones). La segunda, y muy importante, es que esta cláusula se refiere a normas “imperativas”, y no meramente supletorias, que pueden ser dejadas sin efecto por las partes.

§ 70. Renuncia implícita: teoría de los actos propios. Cabe tener en cuenta que la renuncia a los efectos de la ley no necesariamente habrán de darse de modo explícito, sino que pueden ocurrir de modo implícito, tal como lo contemplan los arts. 262 y 264 CCC (este último recogiendo la regla del art. 918 CC).

Un caso especial y muy extendido es que postula que con arreglo al principio cardinal de la buena fe, nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior deliberada (esto es, ejecutada con discernimiento, intención y libertad), jurídicamente relevante y plenamente eficaz, idea que está captada en el art. 1067 CCC bajo el acápite “protección de la confianza”. Se sigue aquí jurisprudencia extendida (“No es lícito –ha dicho la Corte- hacer valer un derecho en contradicción con la anterior conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe. La situación impone un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever”; Fallos 329:5793, 19/12/2006).

Así como funciona entre partes, esta misma idea también incide en el control de constitucionalidad: ello se refleja en la doctrina del “sometimiento voluntario”, que los tribunales aplican para concluir que el acatamiento sin reservas a un régimen determinado impide un ulterior cuestionamiento de su validez o constitucionalidad por parte del adherente.

En todo caso, conviene ser prudente en la aplicación de la doctrina en dos aspectos. En primer lugar, observar con cuidado que las renunciaciones no pueden presumirse y requieren una conducta positiva (como veremos en el art. 263 CCC, el mero silencio o inacción no es –en principio– una manifestación de voluntad). En segundo lugar, hay que advertir que la Corte ha precisado que la renuncia a las garantías constitucionales sólo es admisible cuando están en juego derechos de contenido patrimonial y no aquellos vinculados directamente con el estatuto personal de la libertad (Fallos 322:1253, 22/06/1999)

§ 71. Actos de disposición sobre derechos personalísimos: remisión. El art. 55 CCC regula específicamente el consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos, que admite si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres, aclarando que tal consentimiento “no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable”. El art. 56 CCC, a su turno, regula en especial los actos de disposición sobre el propio cuerpo. Nos remitimos, pues al comentario a dichos artículos.

14.- Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen:

a) derechos individuales;

b) derechos de incidencia colectiva.

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

§ 72. El art. 14 CCC y la categoría excluida de los “derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos”. En “Halabi” (Fallos 332:111, 24/02/2009), la Corte había afirmado que

...la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados.

En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Ante la falta de regulación de esas “acciones de clase”, la Corte postuló que

“la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492)”.

En base a este criterio, la Comisión había incorporado a este artículo un tercer inciso que luego suprimió el Poder Ejecutivo Nacional al enviar el proyecto al Congreso, invocando las razones que se transcriben en la sección siguiente.

§ 73. ANTECEDENTES PARLAMENTARIOS. Acerca de la exclusión de las acciones de clase. Yendo al primer tema, que está vinculado a los derechos y a las denominadas “acciones de clase”, las modificaciones introducidas están en el artículo 14, que establecía tres tipos de derechos: los derechos individuales; los derechos de incidencia colectiva, que están en la Constitución; y agregaba una tercer categoría, que eran los derechos individuales que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, es decir, los derechos individuales homogéneos, los que dan lugar a la acción de clase.

En ese sentido, el Ministerio propuso ir a la clasificación que establece la Constitución, que es la de dos derechos: los derechos individuales, que surgen del artículo 14 y siguientes; y los derechos de incidencia colectiva, que surgen también de la Constitución reformada en 1994, estableciendo además que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando puedan afectar el ambiente y los derechos de incidencia colectiva en general. Aquí ésta

modificación lo único que hizo fue ir a la clasificación que establece la Constitución Nacional.

Por otra parte, esta modificación también alteró el artículo 240, que establece los límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. Y aquí sí entramos en el concepto de “acción de clase”. En ese sentido, se estableció una adecuación al artículo 14 de la Constitución Nacional y se consideró que las acciones de clase son normas que no deben ir en el Código Civil, sino en códigos de procedimientos, porque son normas de procedimientos. Y destaco que la mayoría de las reformas introducidas por el Poder Ejecutivo tienen como cuidado especial y esencial que no se introduzcan en el Código Civil cuestiones que afectan al federalismo. Es una constante en las modificaciones que hemos introducido la defensa del federalismo; la defensa de que las provincias regulen institutos que les corresponden y que no han sido delegadas por las provincias al Gobierno federal; la consideración de que las provincias son preexistentes a la Nación; y que el Congreso no puede legislar sobre temas que son propios a las provincias.

En este caso, además de establecer y considerar que las acciones de clase son esencialmente procesales y que afectan al federalismo si las incluimos en el Código Civil, también destacamos un mismo fallo de la Corte. En ese sentido, el fallo “Halabi” de la Corte determinó claramente que las acciones de clase son procesales, por lo tanto, corresponde adaptarlas, elaborarlas y producirlas a las jurisdicciones provinciales o eventualmente al Gobierno federal. En el caso de las jurisdicciones provinciales, como han hecho las provincias con el amparo, por ejemplo.

En ese sentido, cito el fallo “Barreto” de la Corte, del 21 de marzo de 2006, en donde se establece que no corresponde al Congreso de la Nación, sino a las provincias, el dictado de las normas de Derecho administrativo vinculadas a la protección específica del medio ambiente, y ello por una norma especial que contiene la Constitución y que dispone que corresponde a la Nación dictar las normas que contengan presupuestos mínimos de protección del medio ambiente, y a las provincias las necesarias para complementarlo.

El Congreso de la Nación ha dictado la Ley 25675 de Presupuestos Mínimos de Protección del Medio Ambiente, correspondiendo a las provincias el dictado de normas especiales complementarias sobre el funcionamiento y la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales y paisaje, entre otros.

Ha sido la misma Corte, en el fallo “Halabi”, la que ha reconocido la potestad de las provincias para legislar sobre acciones de clase, además de la protección del federalismo, que hemos destacado.

Igualmente, destaco que el Poder Ejecutivo no está en contra de las acciones de clase; es más, en determinadas circunstancias ha promovido las acciones de clase y este Congreso las ha sancionado, como en el caso de los recursos naturales y de la protección del medio ambiente. Pero también el Poder Ejecutivo ha promovido acciones de clase, por ejemplo, cuando hubo que promover y mejorar el dispositivo procesal para el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad contra el terrorismo de Estado. Allí se aceptó que se presenten en acciones de clases las entidades que luchan por la memoria, la verdad y la justicia en la Argentina. Pero la inclusión en este caso no fue en el Código Penal, sino que se incluyó en el Código Procesal Penal de la Nación.

Es decir, no estamos en contra de las acciones de clase, sino que creemos que deben estar donde deben estar, que es por ley especial o fundamentalmente —en eso estamos convencidos— en leyes de procedimiento, que corresponden a las provincias o en su caso a la Nación, pero solamente para el ámbito federal.

De esa manera también se justifica la supresión del anterior artículo 1745 y del 1746. El primero establecía los daños de derecho de incidencia colectiva, y el segundo, los daños de los derechos individuales homogéneos. El 1745 eran los presupuestos de admisibilidad, y el 1746, alcances de las sentencias de cosa juzgada. En realidad, estos cuatro son artículos procesales, no de fondo.

Queremos también destacar, porque sabemos que ha sido un tema de polémica, que en el tema de acciones de clases, tanto en “Halabi”, como la doctrina, siempre citan las normas del Derecho comparado, las normas del Derecho español y, fundamentalmente, las del Derecho de los Estados Unidos. En “Halabi” también la Corte plantea la necesidad de que se regulen las acciones de clase y cita legislación comparada y cita específicamente la legislación de los Estados Unidos. Cita la norma 23, que está dentro del Código de Procedimiento Federal de los Estados Unidos. Es decir, en el mismo fallo de “Halabi”, la Corte está reconociendo que las acciones de clase en los Estados Unidos están en las normas de procedimiento.

Por si esto no fuera suficiente, también sabemos que existe un código modelo iberoamericano de procedimiento que se ha elaborado con participación de todos los países de Iberoamérica y en la que la Argentina ha sido parte. Prácticamente, han participado catedráticos de todas nuestras universidades. Y este Código Iberoamericano que desarrolla las acciones de clase también es un código procesal.

Por el Código Iberoamericano, por la remisión que hace la Corte de la norma 23 de la Ley de Procedimiento de los Estados Unidos, por la afectación al federalismo que pueda significar legislarlas en el Código Civil, es que se ha

sugerido que estos artículos no estén en el Código Civil y sí sean parte de las normas de procedimientos provinciales o federales.

ALAK, Julio. *Intervención en la Reunión de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación del 21 de agosto de 2012*

§ 74. Vigencia de la doctrina de la Corte Suprema. Conforme a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Halabi”, la fuente de esa categoría de derechos “de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos” no es meramente legal, sino que emana del art. 43 2º pfo. de la C.N., de modo tal que esa doctrina no podría verse afectada por el hecho de que se haya obviado su inclusión en el Código Civil. Ciertamente es que su regulación, planteada en términos muy generales en el proyecto, no incluía los detalles procesales necesarios, lo que por cierto no es materia propia de un Código de Fondo.

En resumen, tanto la acción de clase como la categoría que la justifica (la de los intereses individuales homogéneos) seguirán formando parte del ordenamiento argentino, más allá de su no inclusión en el Código, en base a las pautas jurisprudenciales que progresivamente ha ido estructurando la Corte Suprema (“PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales” del 21/08/2013; “Consumidores Financieros c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A.” y “Consumidores Financieros c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario” del 24/06/2014; “Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión S.A. s/ Amparo” del 23/09/2014; “Consumidores Financieros Asociación Civil c/ Prudencia Cía. Argentina de Seguros Grales” del 27/11/2014), tribunal que incluso ha creado un “Registro Público de Procesos Colectivos radicados ante los tribunales del Poder Judicial de la Nación”, (Acordada 32/2014 del 01/10/2014).

§ 75. El art. 14 último párrafo: el ejercicio abusivo de los derechos individuales en perjuicio de derechos de incidencia colectiva. “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”, dice el art. 14 parte final. En los *Fundamentos* se anota que al proyectar ese texto se buscó “resaltar la noción de abuso del derecho individual respecto del derecho de incidencia colectiva”.

El destaque cumple una función de esclarecimiento: ratifica que el agravio derivado de un ejercicio abusivo puede en efecto exceder el ámbito de los derechos individuales y proyectarse únicamente –o conjuntamente– hacia “derechos de incidencia colectiva en general”.

Consecuentemente, y con las adaptaciones que pueda existir en cada caso, la doctrina del abuso jurídico tiene un campo de aplicación transversal. “Se trata –dicen los *Fundamentos*- de que los derechos subjetivos tienen límites respecto de los bienes colectivos, como ocurre con el desarrollo o consumo sustentable o la función ambiental de los derechos”.

CAPÍTULO 4. Derechos y bienes.

15.- Titularidad de derechos. Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código.

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

CC 2311 y 2312

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

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

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

En el Código Civil, la noción de *bien* está estrechamente vinculada a este enfoque económico. Por lo tanto, si se sigue utilizando este vocablo en su sentido

técnico tradicional, no podría aplicarse a los bienes ambientales o al cuerpo o partes del cadáver.

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

En cuanto al vocablo “patrimonio”, da lugar al distingo entre bienes patrimoniales y extrapatrimoniales. Habitualmente se considera que el patrimonio es un atributo de la persona, y está integrado por bienes, es decir, que tienen valor económico.

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

§ 77. El “patrimonio”, los “bienes” y las “cosas”. El “patrimonio” es un conjunto (una “universalidad jurídica”, como decía Vélez en la Nota al art. 2312 CC) de derechos que recaen sobre *bienes*. No todos los bienes serán materiales, o, jurídicamente, “cosas” -puede haber así derechos creditorios, o derechos intelectuales-, y, por otra parte, no todas las cosas son “susceptibles de valor económico”.

El sistema original de Vélez fue actualizado en 1968 con una analogía plasmada en el art. 2311 2do párrafo CC, que con alguna mejora de redacción aparece ahora en el final del art. 16 CCC. Así, se dispone que “la energía” y “las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre” se pueden considerar como “cosas”, pero cabe hacer la salvedad de que la equiparación sólo podrá tener sentido cuando las reglas a aplicar sean compatibles a los efectos legales, lo que debe ser apreciado prudentemente.

Luego, en los arts. 225 y ss. del CCC aparecen definiciones relativas a bienes y cosas (inmuebles, muebles, fungibles, consumibles, accesorias, del dominio público, etc.) y allí figuran reglas que actualizan y recogen las fijadas anteriormente en los arts. 2313 y ss. CC, de modo que nos remitimos a su comentario.

El Código mantiene el principio de que el patrimonio es “único”, pero la posibilidad de constituir sociedades de un solo socio permite una suerte de escisión del

patrimonio de la persona. Además, se contemplan casos especiales de patrimonios “de afectación”, virtualmente separados del patrimonio personal: el del presunto fallecido, el de los hijos, los bienes de la sociedad conyugal, bienes transmitidos fiduciariamente.

§ 78. La “función social de la propiedad”. En el trámite parlamentario se consideró, y finalmente se desestimó, la posibilidad de adosar a este artículo un segundo párrafo en el que se estableciera que “la propiedad tiene una función social y, en consecuencia, está sometida a las obligaciones que establece la ley con fines de bien común”. Diversas polémicas causadas por esta iniciativa redundaron en que se mantuviera el artículo 15 CCC tal como fuera proyectado por la Comisión Redactora.

No obstante, aún no estando escrito en el CC ese principio era y sigue siendo parte del ordenamiento, a un nivel jerárquico superior, desde que el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. Además, el mismo Código reconoce en el art. 240 CCC (y en otras normas de naturaleza tuitiva) la posibilidad de reconocer límites al ejercicio de los derechos individuales, lo que natural e implícitamente abarca al derecho de propiedad.

Como reflejo de esta concepción subyacente, se ha resaltado, como se verá a continuación, el espíritu de “sociabilidad en el ejercicio de los derechos” en consonancia con el “paradigma protectorio” del CCC.

§ 79. DOCTRINA. Sociabilidad en el ejercicio de los derechos y paradigma protectorio. El ejercicio ilimitado de los derechos individuales conduce a una desarticulación tanto de la sociedad como del mercado y por eso se requiere un orden público de coordinación. Por esta razón se han reforzado los principios de sociabilidad, y se los ha generalizado al incluirlos en el título preliminar. Es lo que ocurre con la buena fe (Art. 9) y el abuso del derecho (Art. 10), que luego se reiteran en numerosas normas específicas (ej. Art. 729).

El *paradigma protectorio* tutela a los débiles y su fundamento constitucional es la igualdad. Los códigos del siglo XIX regularon los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado y la sociedad. Superando esta visión el Código Civil y Comercial considera a la persona concreta por sobre la idea de un sujeto abstracto y desvinculado de su posición vital, como ocurre con *el paciente* (Art. 59), *el consumidor* (Art. 1092), *los pródigos* (Art. 48), *el integrante de comunidades indígenas* (Art. 18); *las personas con capacidad restringida* (Art. 31), por enumerar algunas entre las numerosas situaciones existenciales

tomadas en consideración. El Código Civil y Comercial busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera *ética de los vulnerables*. Los ejemplos son numerosos: la protección de la vivienda (Art. 244), de otros bienes que quedan excluidos de la garantía común de los acreedores (Art. 744). -

LORENZETTI, Ricardo, *Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación*. Disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/1-Presentacion-del-Dr.-Ricardo-Lorenzetti.pdf>

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

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

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

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

Dentro de este modelo puede citarse el Código Civil francés (arts 16.1, 16.5 incorporados por Ley 94-653 del 29/07/1994) que dispone que el cuerpo humano es inviolable, y que sus elementos y productos no podrán ser objeto de

ningún derecho de naturaleza patrimonial, lo cual hace que sean nulos los contratos que tengan como finalidad conferirles un valor patrimonial.

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

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

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

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

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

Entendemos que puede admitirse la categoría de objeto de derechos que no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. Es preferible esta enumeración que es limitativa del concepto, a una enunciación negativa (“bienes que no tienen un valor económico” o “extrapatrimoniales”). El valor configura un elemento de la tipicidad de la noción

de bien y está calificado porque es afectivo (representa algún interés no patrimonial para su titular), terapéutico (tiene un valor para la curación de enfermedades), científico (tiene valor para la experimentación), humanitario (tiene valor para el conjunto de la humanidad), social (tiene valor para el conjunto de la sociedad). En todos casos se trata de valores que califican la noción de bien como un elemento de tipicidad.

En cuanto a los caracteres hay demasiada variedad que hace necesario remitir a la legislación especial la regulación de cada uno de los casos. (III, 7.6)

18.- Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.

NORMA TRANSITORIA VINCULADA. Norma transitoria primera: “Los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial.”

§ 81. El art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y el Convenio 169 de la OIT. La Cabe recordar que en la reforma de 1994, al tiempo que se eliminaba la cláusula que propiciaba “conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo” (art. 67 inc 15) se estableció entre las facultades del Congreso el mandato constitucional de

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

Más allá de la legislación especial (Ley de Política Indígena 23.302) cabe subrayar la fuerza normativa que tiene el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, aprobado por Argentina por Ley 24.071, y cuya operatividad fuera reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (casos “Confederación Indígena del Neuquén”, 10/12/2013, y “Pilquiman, Crecencio c/ Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural”, 07/10/2014)

Se trata de un cuerpo normativo que trasciende temas laborales y que constituye una verdadera carta de derechos con secciones dedicadas a la Política General indígena que deben adoptar los Estados, legislación sobre Tierras, Empleo, condiciones de trabajo y formación profesional, Sistemas de Salud y Seguridad Social, etc. En lo que aquí interesa, resultan de particular importancia los artículos 13 a 17, que establecen (entre otras directivas) que los gobiernos deben tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión, respetar las modalidades tradicionales de transmisión de los derechos sobre la tierra establecidas por dichos pueblos, y consultarlos siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

§ 82. Cambios en el anteproyecto y la introducción de la “cláusula complementaria” sobre propiedad indígena. Con la idea de incorporar al sistema del Código Civil un sistema de propiedad indígena, en el Art. 18 originalmente proyectado por la comisión bajo el acápite “Derechos de las comunidades indígenas”, se preveía que las que cuentan con “personería jurídica reconocida tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras según se establece en el Libro Cuarto, Título V, de este Código”; consignándose que también “tienen derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales como derechos de incidencia colectiva”. En función de esa remisión, se incluía también en el art. 1887 CCC a la “Propiedad Comunitaria Indígena” dentro del catálogo de derechos reales, definiéndola como aquella “que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas y cuya titularidad corresponde a “la comunidad indígena registrada como persona jurídica”.

La regulación plasmada en el Anteproyecto fue criticada por especialistas y representantes de las comunidades indígenas, tanto por aspectos conceptuales como de técnica legislativa. En todo caso, cabe recordar que el art. 6 del Convenio 169 establece que “al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán ... (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”, lo que

en todo caso no se estuvo cumpliendo a cabalidad en el proceso de reforma del Código más allá de la posibilidad de presentar ponencias en las audiencias públicas.

En función de ello, y ante la imposibilidad de encontrar una solución integradora pronta, el Congreso estimó que la cuestión requería de un debate separado que tuviera su abordaje a través de una ley especial, a la que remite la cláusula transitoria primera incluida en la ley sancionatoria del CCC.

§ 83. Pautas emanadas de la jurisprudencia del sistema interamericano sobre propiedad indígena. No obstante la no inclusión final del texto, la propiedad comunitaria indígena no está en un vacío legal, sino que tiene pautas específicas dadas por el Convenio 169, y la jurisprudencia propia del sistema interamericano.

En efecto, al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención, en relación con la propiedad comunitaria de los miembros de comunidades indígenas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tomado en cuenta el Convenio No. 169 de la OIT, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención, para interpretar las disposiciones del citado artículo 21 de acuerdo con la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con lo que ha desarrollado un amplio corpus jurisprudencial (vinculante para nuestro país, en función de las pautas de "interpretación conforme" y de la exigencia del control de convencionalidad incluidas en el CCC) que comienza en el fallo "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua" (31-8-2001) y prosigue en los casos "Comunidad Moiwana vs. Suriname" (15-6-2005); "Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay" (17-6-2005); "Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay" (29-3-2006); "Pueblo Saramaka vs. Surinam" (28-11-2007) y "Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay" (24-8-2010).

En particular, la Corte IDH ha subrayado que la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; que la posesión tradicional otorga el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro, y que obliga a los Estados a delimitar, y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas. En este contexto, los pueblos indígenas tienen derechos a la totalidad de tierra y recursos que han utilizado tradicionalmente, derechos que se mantienen aunque hayan salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales por causas ajenas a su voluntad; y aún a falta de título legal.