

**PROPUESTAS DE MODIFICACIONES AL PROYECTO
DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 2012,
EN MATERIA DE DERECHOS PERSONALÍSIMOS,
OBLIGACIONES, CONTRATOS EN GENERAL,
CONTRATOS CON CONSUMIDORES,
ALGUNOS CONTRATOS EN PARTICULAR, RESPONSA-
BILIDAD CIVIL Y PATRIA POTESTAD**

**Presentación a los miembros de la Comisión Bicameral
del Congreso para la Reforma, Actualización y Unificación
de los Códigos Civil y Comercial,
8 de abril de 2013**

Camilo Tale

*Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Univ. Nacional de Córdoba).
Profesor adjunto por concurso de Derecho Privado (Obligaciones) en la Universidad
Nacional de Córdoba (desde 1994). Profesor titular de Filosofía del Derecho en la
Universidad Católica de Cuyo, San Luis (desde 2.000). Director de la carrera de
posgrado de Especialización en Derecho de Daños en dicha Universidad (2002-2012).
Premio al mejor ensayo sobre la axiología de los proyectos
de reformas del Código Civil (Concurso internacional, U.C.A., Buenos Aires, 2.004)*

El presente trabajo, compuesto de observaciones críticas sobre un conjunto de artículos del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 y de las respectivas propuestas de supresiones, agregados y otras enmiendas, fue precedido de dos informes que el autor ha remitido a esa Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial, uno de ellos en setiembre del año pasado, acerca de la regulación de la responsabilidad civil en dicho Proyecto, y el otro en noviembre, sobre el régimen de las obligaciones.

En este dictamen que ahora se presenta se incluyen la mayor parte de los contenidos de tales informes, con la adición de observaciones y propuestas acerca de otras partes del Proyecto de nuevo Código: las normas sobre derechos personalísimos, la regulación de los contratos en general, de los contratos entre proveedores y consumidores o usuarios, de algunos contratos en particular (compraventa, locación, obra, depósito, mutuo, juego, apuesta, donación, fianza, cesión de uso en “tiempo compartido”), de la prescripción de las obligaciones, del derecho de retención y de la “patria potestad” o “responsabilidad parental”, según se denomina la institución en el Proyecto. El examen y la exposición del autor se ciñen a tales temáticas, que han sido precisamente las materias en que se ha capacitado, ha enseñado y ha tratado en labores de investigación formal durante treinta años.

Las conclusiones y fundamentos que aquí se exponen corresponden al análisis de 895 artículos de los 2671 que integran el Proyecto, y que se contienen en las secciones referidas, o sea un tercio de la extensión del Código proyectado. Asimismo se ha tenido en cuenta todo el resto del articulado, con el fin de evitar que las modificaciones propuestas resultaran incongruentes con otras reglas ubicadas en las demás partes del cuerpo normativo proyectado. Se ha podido constatar así que ninguna de las enmiendas que aquí se proponen se oponen a otras normas del Proyecto ni las afectan; al contrario, una cantidad de ellas, en caso de realizarse, además de corregir soluciones injustas, suprimirán contradicciones que existen en el Proyecto en su tenor actual, como se explica en cada caso.

Se exponen las objeciones más importantes que el autor ha advertido en las áreas mencionadas, ya sea por la relevancia de las consecuencias de ciertas reglas, esto es, por las injusticias que importa su aplicación, ya sea por la frecuencia con que suceden los supuestos entrañados, ya sea por la grave incertidumbre jurídica que generan ciertas omisiones y vaguedades, así como contradicciones que hay entre las normas proyectadas, ya sea porque el modo como se pretende regular una institución hace que en los hechos ella no se usará o no podrá cumplir los fines para los cuales se la quiere establecer (es el caso de las “sanciones pecuniarias disuasivas” o *punitive damages* según el régimen que se intenta instituir). En el presente memorial el autor se ha abstenido de incluir las objeciones que le han suscitado las reglas del Proyecto que pueden considerarse “opinables”, y ha seleccionado aquéllas que, conforme a su experiencia en la cátedra, la frecuentación de las obras de doctrina y la participación en reuniones académicas, puestas a consideración de juristas suficientemente informados y desinteresados, obtendrían consenso. Por lo expuesto, piensa que respecto de la gran mayoría de las propuestas de enmienda que dirige a esa Co-

misión Bicameral, no serviría para neutralizarlas o invalidarlas el socorrido argumento “de las dos bibliotecas” (o sea la existencia de un conjunto de juristas que defiendan una solución para la cuestión y de otra cohorte de juristas que sustenten la solución contraria). Tampoco se podría replicar para descalificar la necesidad de las propuestas que “no puede hacerse un Código a la medida o al gusto de todos los juristas”; pues como se ha dicho, no se ha incluido en este dictamen todo enunciado respecto del cual pueda preferirse un texto distinto, sino solamente aquellos que son manifiestamente inconvenientes e importan un desacierto en relación con los imperativos de la justicia y la seguridad jurídica.

Por lo tanto, en general se han querido indicar aquí::

a) Las reglas que siendo contrarias a la doctrina y jurisprudencia actualmente unánimes o casi unánimes, no están justificadas, ni se da la razón de ellas en los Fundamentos que acompañan el Proyecto.

b) Las normas proyectadas que chocan con exigencias evidentes de justicia.

c) Aquellos enunciados del Proyecto que entrañan una contradicción o notable ambigüedad, y por ende han de generar, si se transforman en ley, inseguridad jurídica.

d) Las reglas que hacen inaplicable o poco aplicable una institución o frustran sus fines propios.

Con el fin de facilitar la tarea de revisión y corrección, en general y salvo pocas excepciones, se exponen los artículos observados para su enmienda según el orden que tienen en el Proyecto. Asimismo, los cambios que se proponen se han redactado de modo que no producen corrimiento en la numeración de los artículos del Proyecto.

Í N D I C E

- 1) COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA
- 2) LESIONES A LA PERSONA
- 3) DERECHO RESPECTO DE LA PROPIA IMAGEN: SE HA OMITIDO LA PROHIBICIÓN DEL ENVÍO DE LA IMAGEN SIN AUTORIZACIÓN
- 4) EXPERIMENTACIONES SOBRE SERES HUMANOS
- 5) INJUSTO CERCENAMIENTO DEL DERECHO DEL ACREEDOR DE COSA CIERTA EN CASO DE DETERIORO DE LA COSA DEBIDA
- 6) OMISIÓN DE REGLAS PARA RESOLVER, CUANDO CONCURREN VARIOS ACREEDORES DE UNA OBLIGACIÓN DE DAR COSA CIERTA (POR EJ. EL CASO DEL DEUDOR QUE VENDIÓ LA COSA MUEBLE A UNO Y DONÓ LA MISMA COSA A OTRO)
- 7) INJUSTO CERCENAMIENTO DEL DERECHO DEL ACREEDOR EN CASO DE DETERIORO O PÉRDIDA PARCIAL EN LAS OBLIGACIONES DE GÉNERO
- 8) OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA (OCHO OBSERVACIONES)
- 9) DETERMINACIÓN DE LA TASA DE LOS INTERESES MORATORIOS POR LAS AUTORIDADES DEL BANCO CENTRAL
- 10) INJUSTO RÉGIMEN DE LAS *ASTREINTES* CUANDO SE IMPONEN A FUNCIONARIOS PÚBLICOS
- 11) CONTRADICCIÓN EN EL RÉGIMEN DE LA CLÁUSULA PENAL ACCESORIA DE UNA OBLIGACIÓN INDIVISIBLE
- 12) DEFINICIÓN INCORRECTA DE LA OBLIGACIÓN SOLIDARIA
- 13) RÉGIMEN INJUSTO SOBRE LOS EFECTOS DE LAS EXCEPCIONES PERSONALES EN LA OBLIGACIÓN SOLIDARIA E INCONGRUENCIA ENTRE LOS EFECTOS DE LAS EXCEPCIONES PERSONALES EN LA OBLIGACIÓN SOLIDARIA Y LOS EFECTOS DE ELLAS EN LA FIANZA
- 14) REGLA SOBRE EFECTOS DE LA COSA JUZGADA EN LA OBLIGACIÓN SOLIDARIA, QUE SE OPONE AL PRINCIPIO DE DEFENSA
- 15) INCONGRUENCIA EN LA PRESUNCIÓN DE SOLIDARIDAD
- 16) SUPRESIÓN DE LAS OBLIGACIONES NATURALES
- 17) NO HAY REGLA SOBRE EL LUGAR DE PAGO EN LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS DE CUMPLIMIENTO SIMULTÁNEO
- 18) INJUSTO RÉGIMEN DE CONSTITUCIÓN EN MORA EN LAS OBLIGACIONES DE PLAZO DETERMINADO INCIERTO
- 19) SE HAN OMITIDO LAS NORMAS PARA EL PAGO POR CONSIGNACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE DAR COSA CIERTA
- 20) INCONGRUENCIA EN EL RÉGIMEN DE PAGO DE LOS GASTOS EN EL PAGO POR CONSIGNACIÓN EFECTUADO EN ESCRIBANÍA PÚBLICA

- 21) **PLAZO DE CADUCIDAD EXCESIVAMENTE BREVE DEL DERECHO DEL ACREEDOR DISCONFORME CON EL IMPORTE DE LA CONSIGNACIÓN EXTRAJUDICIAL EFECTUADA POR EL DEUDOR**
- 22) **NO EXISTE REGLA SOBRE LA DIVISIBILIDAD O LA INDIVISIBILIDAD DE LA CONDICIÓN**
- 23) **OBLIGACIÓN DE RESTITUIR DEL POSEEDOR DE MALA FE. RÉGIMEN DE LAS MEJORAS**
- 24) **CONTRADICCIÓN EN LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA MUERTE DEL OFERENTE**
- 25) **FALTA EL REQUISITO DE LEGIBILIDAD DE LAS CLÁUSULAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN**
- 26) **PLAZO EXIGUO DE VIGENCIA DE LOS CONTRATOS PRELIMINARES**
- 27) **REGULACIÓN DEFECTUOSA DE LA MORA EN LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS, QUE EXCLUYE LA “EXCEPTIO NON ADMIPLETI CONTRACTUS” PARA EL CASO DE QUE LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS NO SEAN SIMULTÁNEAS Y PARA LOS CASOS DE OBLIGACIONES RECÍPROCAS QUE NO TENGAN POR OBJETO CONTRAPRESTACIONES CONTRACTUALES**
- 28) **REQUISITO DE CULPA DEL ENAJENANTE EN LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS POR EVICCIÓN**
- 29) **INJUSTA LIBERACIÓN DEL ENAJENANTE DE SU RESPONSABILIDAD POR EVICCIÓN**
- 30) **EFFECTOS DE LA SEÑA**
- 31) **CRITERIO PARA PERMITIR O PROHIBIR LA SUBCONTRATACIÓN DE PRESTACIONES**
- 32) **ENTIDAD DEL INCUMPLIMIENTO QUE FACULTA A RESOLVER EL CONTRATO**
- 33) **OMISIÓN DE LA ACCIÓN DE AJUSTE DE UNA DE LAS PARTES EN EL CASO DE EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE**
- 34) **CARACTERIZACIÓN MUY INSUFICIENTE DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA PROHIBIDA**
- 35) **REVOCACIÓN DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS FUERA DE LOS ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES**
- 36) **EXCEPCIÓN IRRAZONABLE DE LA FACULTAD DEL CONSUMIDOR DE REVOCAR EL CONTRATO CELEBRADO FUERA DEL ESTABLECIMIENTO COMERCIAL**
- 37) **CLÁUSULAS ABUSIVAS ACERCA DEL PRECIO DEL BIEN O SERVICIO**
- 38) **COMPRAVENTA: OBLIGACIÓN DE PAGAR EL PRECIO EN CASO DE INMUEBLE QUE APARECE HIPOTECADO**
- 39) **PLAZO DE LA OBLIGACIÓN DEL COMPRADOR DE RECIBIR LA COSA**
- 40) **CONTRATO DE LOCACIÓN: PLAZOS MÁXIMOS DESMESURADOS**
- 41) **CONTRATO DE LOCACIÓN: NORMA QUE FAVORECE EL FRAUDE A LA LEY RESPECTO DEL PLAZO LEGAL MÍNIMO DE DURACIÓN**

- 42) CONTRATO DE LOCACIÓN: NORMAS CONTRADICTORIAS ACERCA DE LA FACULTAD DE L LOCATARIO DE SUBARRENDAR**
- 43) CONTRATO DE OBRA: CLÁUSULA DE OBRA A SATISFACCIÓN DEL COMITENTE O DE UN TERCERO**
- 44) CONTRATO DE OBRA: CRITERIO PARA JUZGAR QUE FUE ACEPTADA**
- 45) INJUSTA EXTENSIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL CONSTRUCTOR AL DIRECTOR TÉCNICO DE LA OBRA**
- 46) CONTRATO DE DEPÓSITO: PRESUNCIÓN DE ONEROSIDAD INDISCRIMINADA, CONTRARIA A LA EXPERIENCIA**
- 47) INJUSTA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL HOTELERO CUANDO EL DAÑO EN LAS COSAS DEL VIAJERO RESULTA DE LA CULPA DE ÉSTE O DEL HECHO INEVITABLE DE UN TERCERO**
- 48) INJUSTA EXTENSIÓN DEL RÉGIMEN SEVERO DE RESPONSABILIDAD DE LOS HOTELEROS A LOS PROPIETARIOS DE RESTAURANTES, BARES, ETC. POR EL HURTO, PÉRDIDA O DAÑO DE LAS COSAS QUE INGRESAN LOS CLIENTES**
- 49) INJUSTA ELIMINACIÓN DEL CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR EXTERNO COMO EXIMENTE DE LA RESPONSABILIDAD DE PROPIETARIOS DE GARAJES Y PLAYAS DE ESTACIONAMIENTO**
- 50) CONTRATOS BANCARIOS CON CONSUMIDORES Y USUARIOS: REQUISITO DEL DOBLE EJEMPLAR**
- 51) ESPECIFICACIONES OBLIGATORIAS EN LOS CONTRATOS BANCARIOS DE CRÉDITO**
- 52) FRECUENCIA EXCESIVA EN LA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES EN LA CUENTA CORRIENTE BANCARIA**
- 53) PRESUNCIÓN DE INTERESES COMPENSATORIOS EN EL MUTUO CIVIL, CONTRARIA A LA USUAL INTENCIÓN DE LAS PARTES**
- 54) CONTRATO DE MUTUO: SE LEGALIZA CLÁUSULA QUE PERMITE LA SOCIEDAD LEONINA Y QUE PERMITE EVADIR EL CONTROL JUDICIAL DE LOS INTERESES USURARIOS**
- 55) DONACIÓN: LA TRADICIÓN EN LA DONACIÓN MANUAL**
- 56) DONACIÓN: DESDE CUÁNDO ES EXIGIBLE LA ENTREGA DE LA COSA**
- 57) DONACIÓN: REVOCACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LOS CARGOS**
- 58) DONACIÓN: CAUSALES PARA LA REVOCACIÓN POR INGRATITUD DEL DONATARIO**
- 59) DONACIÓN: LEGITIMADOS ACTIVOS DE LA ACCIÓN DE REVOCACIÓN POR INGRATITUD**
- 60) FIANZA: SE HA OMITIDO REGULAR SUS EFECTOS EN CASO DE AFIANZARSE UNA OBLIGACIÓN QUE NO ES CIVILMENTE VÁLIDA**
- 61) FIANZA: SE HA OMITIDO REGULAR LOS EFECTOS EN CASO DE QUE EL ACREEDOR SEA OMISO O NEGLIGENTE EN LA EXCUSIÓN**
- 62) FIANZA: REGULACIÓN INSUFICIENTE DE LA OPOSICIÓN DE EXCEPCIONES POR EL FIADOR CONTRA EL ACREEDOR**

- 63) FIANZA: EFECTOS DE LA INSOLVENCIA DE UNO DE LOS COFIADORES
- 64) CONTRATOS DE JUEGO: INSUFICIENTE CARACTERIZACIÓN DEL OBJETO. CONTRATO DE APUESTA: SE OMITIÓ SU CARACTERIZACIÓN
- 65) CONTRATOS DE JUEGO Y DE APUESTA DE PURO AZAR: DOLO
- 66) SE HA OMITIDO LA REGLA QUE ESTABLECE LA INDIVISIBILIDAD DE LA TRANSACCIÓN
- 67) CONTRATO DE CESIÓN DE USO DE BIENES EN EL RÉGIMEN DE “TIEMPO COMPARTIDO”: SE ELIMINAN IMPORTANTES DERECHOS QUE LE RECONOCE AL USUARIO LA LEY SOBRE LA MATERIA 26.356
- 68) SANCIONES PECUNIARIAS DISUASIVAS” (O “*PUNITIVE DAMAGES*”): ASPECTOS DE SU REGULACIÓN QUE LAS TORNAN CASI INAPLICABLES EN LOS HECHOS, ESPECIALMENTE EN EL CASO DE DAÑOS A CONSUMIDORES
- 69) MINIMIZACIÓN DE LAS “OBLIGACIONES DE RESULTADO”: SE INSTITUYE EL REQUISITO DE LA CULPA COMO REGLA GENERAL EN LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y SE ESTABLECE LA ÍNDOLE EXCEPCIONAL DE LAS “OBLIGACIONES DE RESULTADO”, CONTRARIAMENTE A LO QUE SUCEDE EN LA REALIDAD DE LAS RELACIONES JURÍDICAS
- 70) SE INSTITUYE LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE IRRESPONSABILIDAD O DE DISPENSA ANTICIPADA DE LA RESPONSABILIDAD Y LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD, PARA LOS DAÑOS CAUSADOS CON CULPA GRAVE
- 71) IRRAZONABLE LIBERACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES POR DAÑOS CAUSADOS POR SUS HIJOS MENORES
- 72) RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDADES RIESGOSAS: ATRIBUCIÓN ARBITRARIA DE RESPONSABILIDAD A QUIENES NO REALIZAN LA ACTIVIDAD RIESGOSA NI LA GENERAN
- 73) REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL O EXTRAPATRIMONIAL CAUSADO A DAMNIFICADOS INDIRECTOS : DAMNIFICADOS INJUSTAMENTE EXCLUIDOS Y DAÑOS MUY GRAVES QUE QUEDAN SIN INDEMNIZACIÓN
- 74) ELIMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DEL CÓDIGO CIVIL
- 75) ELIMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS DEL CÓDIGO CIVIL
- 76) INJUSTA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA O SIN CULPA A LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS POR LOS DAÑOS SUFRIDOS POR LOS ALUMNOS, CUANDO RESULTAN DEL HECHO INEVITABLE DE UN TERCERO AJENO AL ESTABLECIMIENTO O DE LA SOLA CULPA DE LA VÍCTIMA
- 77) PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD
- 78) CONTRADICCIÓN EN EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR ACUSACIÓN CALUMNIOSA
- 79) INCOHERENCIA ENTRE LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO CAUSADO EN LEGÍTIMA DEFENSA Y LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO CAUSADO EN ESTADO DE NECESIDAD
- 80) MEDIDAS JUDICIALES RESPECTO DE LAS INMISIONES

- 81) INCERTIDUMBRE ACERCA DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RESARCITORIA POR PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO**
- 82) EXIGUO PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA LOS CRÉDITOS TRIBUTARIOS**
- 83) REGLA INCORRECTA SOBRE EL COMIENZO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN LAS ACCIONES DE NULIDAD POR LESIÓN Y DE AJUSTE POR LESIÓN**
- 84) OMISIÓN DE LA SANCIÓN DE NULIDAD PARA LOS PLAZOS DE CADUCIDAD EXCESIVAMENTE BREVES**
- 85) ACTOS QUE IMPIDEN LA CADUCIDAD**
- 86) DERECHO DE RETENCIÓN: REQUISITOS DE LA COSA**
- 87) DERECHO DE RETENCIÓN: TRANSMISIBILIDAD**
- 88) ELIMINACIÓN DEL PRIVILEGIO DEL CRÉDITO DEL LOCADOR**
- 89) PATRIA POTESTAD: DENOMINACIÓN Y CARACTERIZACIÓN DE LA INSTITUCIÓN**
- 90) PATRIA POTESTAD: FACULTAD DE CORRECCIÓN**
- 91) DEFECTOS MERAMENTE LÉXICOS**

1) COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA

Textos del Proyecto:

Art. 19 – **Comienzo de la existencia.** La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado.

Art. 57 – **Prácticas prohibidas.** Están prohibidas las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas.

Modificaciones propuestas:

A) Reemplazar el tenor del art. 19 por el siguiente:

Art. 19 – **Comienzo de la existencia.** La existencia de la persona humana comienza con la fecundación, ya sea natural, ya sea lograda mediante técnicas de reproducción artificial.

B) Agregar al art. 57 del Proyecto este enunciado “También está prohibida la utilización de embriones humanos con fines comerciales o de investigación”.

Fundamento

A) El texto del artículo 19 tiene una modificación respecto del texto del Anteproyecto respectivo. En éste decía: “Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción humana asistida”. En el Proyecto del Poder Ejecutivo se le añadió la frase final, que dice “sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”. Ambas versiones coinciden en imponer una diferencia de reconocimiento y en consecuencia una diferencia de trato jurídico entre el embrión humano formado naturalmente en el cuerpo de su madre y el embrión humano generado mediante técnicas de fecundación asistida: al primero se le atribuye en el Proyecto la calidad de persona humana desde su inicio; al segundo en cambio se le reconoce calidad de persona humana desde que es implantado en la mujer, pero se le niega tal calidad desde que comienza a existir, mientras no sea implantado en el útero.

El trato desigual carece de justificación, porque el embrión humano concebido de modo natural es la misma clase de ente que el que es generado en el laboratorio; no existe ninguna diferencia en los elementos que le dan origen en uno y en otro caso: un espermatozoide y un óvulo humanos que se han unido para constituir un nuevo ser humano.

No existe ninguna diferencia ontológica entre ambos. El lugar donde sucede la fecundación, es una diferencia accidental; en ambos casos se trata de un embrión que tiene la misma estructura y constitución.

En el texto que precede el Proyecto, con el título *Fundamentos*, en uno de los primeros párrafos, se hace gala de que el Código proyectado se basa “en un paradigma de no discriminación”. Pero aquí se establece una notoria discriminación. Esta discriminación que impone el art. 19 del Proyecto es más grave que las injustas discriminaciones que suelen cometerse respecto de las personas discapacitadas, o por razón del sexo o del aspecto físico o de una enfermedad que padece, etc. Porque en todos estos casos, aunque la discriminación es injustificable y carece de toda razonabilidad, al menos hay alguna diferencia en el organismo del individuo que se tiene en cuenta para pretender fundar en ella el trato desigual. Pero en el caso del embrión humano concebido naturalmente en el cuerpo de la madre y el embrión humano formado fuera del cuerpo materno y aun no transferido a un útero, no hay ninguna diferencia en sus organismos, ninguna diferencia ontológica.

Con esta desigualdad de trato jurídico que se diera a los embriones según sea el lugar en que se han formado si se aprueba esta norma del Proyecto, desigualdad que carece de todo fundamento, se dará amplio permiso legal para el abandono y para la destrucción de todo embrión humano que no haya sido implantado en un útero, así como para cualquier experimentación sobre él que importe riesgo para su vida, su integridad o su salud, y para cualquier especie de manipulación y de comercialización que se quiera realizar en él.

Por lo expuesto, se reclama que se elimine la discriminación mencionada.

Si se aprobara el tenor actual del art. 19 del Proyecto, coexistirá con la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce el derecho al respeto de la vida y otros derechos, “y debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción”, según establece la reserva establecida en la Ley 23.849 de Aprobación de dicha Convención, art. 2°. Por tanto, habrá oposición entre la parte señalada del art. 19 y la referida Convención, y ésta tendrá primacía, por poseer rango constitucional (C. N., art. 75 inc. 22). De todos modos, si un intérprete prescindiese de la jerarquía constitucional de la Convención y pretendiere que prevaleciera el art. 19 del nuevo Código por ser *lex posterior*, y negare calidad de persona al embrión que no ha sido implantado, dado que el art. 19 en la parte referida no podrá tener aplicación retroactiva (conforme al art 7° del nuevo Código), sucederá que los embriones humanos formados antes de la entrada en vigencia del nuevo Código serán personas en aplicación de la Convención de Derechos del Niño, y entonces se daría una discriminación injustificable entre los embriones, según hayan sido generados antes o después de que comience a regir el nuevo Código.

B) Para que sea indudable la prohibición de que los embriones humanos se utilicen con fines comerciales y de que sean sometidos a experimentaciones que pue-

dan dañarlos, se propone que dicha prohibición se enuncie expresamente, como agregado al art. 57 del Proyecto.

2) LESIONES A LA PERSONA

Texto del Proyecto:

Art. 52 – **Afectaciones a la dignidad.** La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

Modificación propuesta:

Añadir en el art. 52 las expresiones “integridad psicofísica, salud, libertad física”, y modificar el epígrafe “Afectaciones a la dignidad” por “Lesiones a la persona”, de modo que quede así:

Art. 52 – **Lesiones a la persona.** La persona humana lesionada en su integridad psicofísica, salud, libertad física, intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

Fundamento

1) En este capítulo del Proyecto dedicado a los derechos personalísimos se reconocen expresamente los derechos al respecto de la intimidad personal y familiar, de la honra, de la reputación, de la imagen y de la identidad, pero no se mencionan ni la integridad psicofísica, ni la salud, ni la libertad deambulatoria, bienes humanos que no tienen menos importancia que aquéllos y que son el objeto de derechos personalísimos no menos valiosos.

2) Como consecuencia del agregado propuesto, el epígrafe del artículo debe ser más amplio que “afectaciones a la dignidad”. Al respecto, se propone la locución “lesiones la persona”.

3) DERECHO RESPECTO DE LA PROPIA IMAGEN: SE HA OMITIDO LA PROHIBICIÓN DEL ENVÍO DE LA IMAGEN SIN AUTORIZACIÓN

Texto del Proyecto:

Art. 53 – **Derecho a la imagen.** Para *captar o reproducir* la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos:

- a) que la persona participe en actos públicos;
- b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario;
- c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.

En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte (20) años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre.

Modificación propuesta:

En el art. 53, donde dice “captar o reproducir”, reemplazar por “captar, reproducir o enviar por cualquier medio”.

Fundamento

La lesión que actualmente puede causarse a una persona en el uso de su imagen sin autorización de ella a menudo sucede mediante el envío de la imagen (fotografías o videos) por medio del correo electrónico –incluso a miles de destinatarios– o por su publicación en los sitios de la internet correspondientes a “redes sociales”, en los sitios que alojan videos para ser vistos por cualquier usuario (por ej. *You Tube*) o en otras páginas de la internet. Los términos que usa el Proyecto para mencionar las acciones prohibidas en relación con la imagen, “captar o reproducir”, no abarcan el envío, que puede ser mucho más perjudicial que la toma y la reproducción de la imagen.

4) EXPERIMENTACIONES SOBRE SERES HUMANOS

Textos del Proyecto:

Art. 58 – **Investigaciones en salud humana.** La investigación médica en salud humana relativa a intervenciones (tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas) cuya eficacia o seguridad no están comprobadas sólo puede ser realizada si se cumplen los siguientes requisitos:

a) ser precedida de una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas para las personas que participan en la investigación en relación con los beneficios previsibles para ellos y para otras personas afectadas por la enfermedad que se investiga;

b) contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que se sujeta a la investigación; el consentimiento es libremente revocable;

c) no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación;

d) asegurar al participante la atención médica pertinente, durante y finalizada la investigación;

e) ser parte de protocolos de investigación para determinar su eficacia y seguridad;

f) contar con la aprobación previa por parte de un comité de evaluación de ética en la investigación;

g) contar con la autorización previa del organismo público correspondiente.

Art. 59 – **Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud.** El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a:

a) su estado de salud;

b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;

c) los beneficios esperados del procedimiento;

d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;

e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;

f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;

g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;

h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento, excepto disposición legal en contrario.

Si el paciente no está en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica ni la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

Modificaciones propuestas:

A) En el primer párrafo del art. 58 debe agregarse la frase “*e investigación científica de cualquier clase realizada sobre seres humanos*”, de modo que el párrafo quede así: “La investigación médica en salud humana relativa a intervenciones (tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas) y la investigación científica de cualquier clase sobre seres humanos cuya eficacia o seguridad no están comprobadas sólo puede ser realizada si se cumplen los siguientes requisitos: [...]”.

B) Deben agregarse después del inciso c) dos incisos que dispongan: “*No causar la muerte cierta de la persona sometida a la investigación*”. “*No causar un daño cierto grave y permanente a la integridad física de la persona sujeta a la investigación, excepto que haya razonable probabilidad de obtener un beneficio mayor para su salud*”.

C) Dentro del inciso c), debe añadirse: “*La investigación que no tiene por fin procurar conocimiento útil para la salud de la persona sobre la cual se realiza es ilícita si hay riesgo de lesión grave a su integridad o salud*”.

D) Debe agregarse al final del último párrafo del art. 59 el texto siguiente: “*No es admisible el consentimiento prestado por representante legal, cónyuge, conviviente, pariente, allegado ni por otro tercero, para investigaciones sobre una persona incompetente para dar su consentimiento informado, que no tengan el fin de obtener beneficio para la salud de ésta*”.

Fundamento

Fundamento de la propuesta de enmienda A)

El supuesto de aplicación que enuncia el art. 58 es “la investigación médica en salud humana relativa a intervenciones (tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas)”. El texto intercalado entre paréntesis suscita un problema de interpretación, pues expresa un contenido más restrictivo que el concepto “investigación médica” que se propone aclarar, como se explica a continuación.

1) Han quedado fuera del campo que define el art. 58 del Proyecto las *investigaciones que tienen un propósito de indagación etiológica*, esto es, las que procuran determinar la causa de una enfermedad, por ej. cuando se indaga la causa que provoca determinada especie de infección.

2) Asimismo han quedado al margen de la definición del supuesto de aplicación de estas normas las *investigaciones que se proponen desarrollar nuevos procedimientos de rehabilitación* (esto en cambio está expresamente comprendido en la ley reglamentaria de la Provincia de Córdoba sobre la materia, art. 2°).

3) ¿Y qué sucede con las *investigaciones médicas que no importan una “intervención” sobre el cuerpo humano, sino que se limitan a la realización de observaciones*? Están fuera del supuesto de aplicación del art. 58 del Proyecto. Quedan, por tanto, fuera de esta regulación. Lo cual es incorrecto, pues aunque el principal interés de la ley debe ser la protección de las personas sometidas a experimentos médicos, en razón de los riesgos que envuelven para la vida, la integridad y la salud de los individuos, en el caso de las investigaciones que consistan en meras observaciones la ley también debe proteger a las personas, en lo que atañe al respeto de su autodeterminación y de su intimidad, que pueden ser vulneradas si se prescinde del requisito del consentimiento de las personas sujetas al ensayo. Además, también existen investigaciones médicas que no entrañan intervención sobre el organismo de las personas sobre las cuales se investiga, que se limitan a observaciones, y que por ello mismo resultan perjudiciales para su vida, integridad o salud. Es el caso de las investigaciones que consisten en mantener a una persona enferma sin darle la terapia correspondiente, con el fin de estudiar cómo evoluciona la enfermedad sin tratamiento. De esta suerte fue el tristemente célebre experimento *Tuskegee*, realizado en los Estados Unidos en el estado de Alabama desde 1931, prolongado hasta 1972, descubierto y juzgado por los tribunales de ese país en la década de los 70, sobre 399 sífilíticos negros y pobres a quienes con propósito experimental se dejó durante décadas sin la terapia que necesitaban (se les administraba inyecciones con un placebo en vez de la penicilina que los habría curado, descubierta en 1940), para que los investigadores determinaran los efectos del proceso natural de la sífilis sin tratamiento.

4) ¿Y los procedimientos experimentales que suelen realizar los médicos y que no tienen fines terapéuticos ni preventivos ni pronósticos, como son los ensayos de

cirurgías con propósito meramente estético, o también las investigaciones genéticas que se realizan sin perseguir los objetivos que menciona el art. 58?

5) ¿Y en qué situación jurídica quedarán, si se aprueban estas reglas tales como están, *las experimentaciones que no son investigaciones médicas* pero que son intervenciones sobre el cuerpo o sobre la psique de seres humanos con el fin de obtener diversos conocimientos? De esta suerte son los ensayos en los que se someten a personas a condiciones físicas o fisiológicas especiales (de aceleración, calor, insomnio, diversas radiaciones, etc.). En este género se comprenden también las investigaciones que procuran obtener conocimientos bioquímicos sin relación con ninguna terapia, ni para quienes están sometidos al ensayo ni para otros, las investigaciones genéticas y embriológicas que se hacen sin ningún objetivo directa ni indirectamente terapéutico, los experimentos sobre el comportamiento humano que se efectúan sin ninguna relación con una terapia psiquiátrica para nadie, los ensayos acerca de los efectos de los cosméticos y de otros productos sobre el cuerpo humano...

Conforme a lo expuesto, el enunciado del supuesto de aplicación resulta muy estrecho. Para corregir esta deficiencia se propone que se exprese en los siguientes términos: “investigación médica en salud humana *e investigación científica de cualquier clase realizada sobre seres humanos*”.

Fundamento de la propuesta de enmienda B)

El régimen proyectado no prohíbe que se someta a una persona a un experimento que se sepa que lleve a la muerte cierta de ella –incluso si ésta se halla completamente sana–.

Ninguno de los requisitos que se enumeran en el art. 58 impide que se efectúen experimentos de esta clase.

El inciso c), que es el único que establece límites a la índole del experimento médico, exige solamente que los riesgos que corra quien está sujeto al ensayo sean proporcionados con los beneficios que se esperan obtener: “La investigación médica en salud [...] sólo puede ser realizada si se cumplen los siguientes requisitos: [...] c) no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación”. Pero estos “beneficios” que menciona la norma proyectada, pueden ser beneficios que se intentan conseguir para terceras personas. Si se inoculan, por ejemplo, virus letales o células cancerígenas malignas que no podrán nunca retirarse, en un conjunto de siete personas con el objetivo de investigar la evolución inicial de las respectivas enfermedades en el organismo humano, puede existir proporción entre el resultado letal y los conocimientos que probablemente se obtengan, que pueden beneficiar a muchas personas que padezcan tales infecciones o cánceres. Pues se sacrifica la vida de siete personas para el probable beneficio de varios miles de personas. Pero esto no puede justificarse; la exigencia de proporción entre daños y riesgos de un lado y beneficios de otro lado es un requisito necesario, pero no es suficiente. También rige en esta

materia, como en todo el derecho, el principio *neminem laedere* o *alterum laedere*, que en la deontología médica se enuncia así: *primum non nocere* (lo primero es no dañar). En el caso de los perjuicios de índole patrimonial el daño seguro puede estar justificado si hay consentimiento del damnificado, pero cuando el daño es a bienes personalísimos, el consentimiento se admite sólo si el daño no es grave, o si el daño es grave pero se hace con el fin de obtener –con certeza o con razonable probabilidad– un bien mayor para el propio damnificado.

Existen ciertos bienes humanos indisponibles, como es la vida. También es indisponible la integridad física, salvo que se trate de menoscabos leves, o perjuicios graves pero que se causen para obtener un bien mayor para el propio lesionado (como es el caso de la amputación de la pierna de quien padece gangrena para procurar salvarle la vida). En el caso de la vida, no es admisible que ella se destruya directamente para conseguir un bien de otro, por lo cual la legislación sobre ablación de órganos para su trasplante, en el caso de dadores vivos, no permite la ablación del corazón, ni de los pulmones, ni de la totalidad del hígado de un ser humano vivo.

Por lo expuesto, no puede ser lícita una investigación que lleve a la muerte cierta a quien está sometido al ensayo, o que va a derivar en una segura, grave y definitiva lesión a su integridad física, salvo que se haga para evitarle la muerte o un daño más grave a su integridad. En cambio, pueden ser lícitos ensayos con el fin de beneficiar a otros, en los que el menoscabo grave que sufra quien está sometido al ensayo sea improbable, o cuando se trate de un perjuicio cierto a su salud, pero leve y proporcionado con el beneficio que se obtendría para otros, y siempre que el sujeto dé su conformidad (por ejemplo, un tratamiento experimental con el cual una persona sana se arriesga a contraer cierta alergia con bastante probabilidad, pero se hace para hallar una nueva terapia para enfrentar la leucemia que otros padecen).

En las sentencias de 20 y 21/8/47, en la causa *United States vs. Karl Brandt et alii* ante el Tribunal de Nuremberg, se enunciaron una decena de principios que desde entonces se ha denominado el Código de Nuremberg, propuesto como Código Universal de Ética de la Investigación Científica. Una de las normas que contiene descarta de plano aquellas investigaciones experimentales en que haya razones *a priori* para creer que resultará la muerte o la invalidez del sujeto (nº 5).

Fundamento de la propuesta de enmienda C)

Hay que tener presente una distinción, que es de importancia capital en esta materia, entre dos clases de investigaciones experimentales: a) aquellas que se hacen con el propósito inmediato de intentar obtener un conocimiento que sea beneficioso para la salud del mismo sujeto sobre el cual se efectúan, y b) aquellas en las que el conocimiento que se consiguiera no será útil a la persona sobre la que se realiza el ensayo ¹.

¹ En la Declaración de Helsinki (intitulada *Recomendaciones para guiar la investigaciones sobre seres humanos*), adoptada por la XVIII Asamblea Médica Mundial, que es el documento más

En las investigaciones de la primera clase mencionada el ensayo se efectúa con la esperanza de curar o de mejorar la salud, sea por medio de medicación, sea por vía de la cirugía, de la misma persona sobre la cual se realiza el ensayo.

En las investigaciones de la segunda clase discernida se busca adquirir conocimientos que permitirían, cierta o probablemente, en un tiempo más o menos próximo, beneficiar la salud de personas distintas de aquellas que están sometidas al experimento, por ej. disponer de un procedimiento *diagnóstico, preventivo, terapéutico* o *predictivo* eficaz para determinada enfermedad (así como indagar los *efectos tóxicos, teratogénicos o carcinogénicos* que pudiese tener, y las incompatibilidades con otros fármacos o terapias que se brinden simultáneamente al paciente), o bien avanzar en el conocimiento de la *etiología* de las dolencias (por ej. cuando se hacen ensayos para indagar la causa de una infección).

Se entiende sin dificultad que en el primero de los dos géneros de investigaciones médicas se pueden justificar riesgos y molestias mayores que en el segundo. Así por ej. el probar con una sustancia química nueva que cierta o probablemente cause efectos muy tóxicos, incluso con grave riesgo de muerte, si se hace sobre personas enfermas desahuciadas por la ciencia médica y con pronóstico de breve sobrevivencia en el curso normal de su dolencia, puede estar justificado. Pero la misma clase y grado de riesgo no puede justificarse si se trata de una persona a quien en nada beneficiaría el resultado que se obtuviera con la prueba de dicha sustancia. Puede que se cumpla la proporción que menciona el inc. c) del art. 58 en este segundo ejemplo, en tanto el riesgo que corre el sujeto sometido al ensayo está compensado por importantes beneficios que podrían obtener muchos enfermos con el descubrimiento que se alcance, pero se viola la regla que prohíbe dañar a otro (*alterum non laedere*).

En armonía con lo expuesto, dispone la Ley española 14/2007 sobre Investigaciones Biomédicas: “*Principios generales*. 2. La investigación no deberá implicar para el ser humano riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios potenciales que se puedan obtener. 3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, *cuando la investigación no tenga la posibilidad de producir resultados de beneficio directo para la salud del sujeto participante en la misma sólo podrá ser iniciada en el caso de que represente un riesgo y una carga mínimos para dicho sujeto*, a juicio del Comité de Ética de la Investigación que deba evaluar la investigación” (art. 14).

conocido mundialmente de los muchos que enuncian las reglas ético-jurídicas en esta materia, se expresa: “En el campo de la investigación en seres humanos debe establecerse una diferencia fundamental entre el experimento cuyo objetivo es esencialmente terapéutico con respecto al paciente, y el experimento cuyo propósito es puramente científico, es decir, sin finalidad diagnóstica ni terapéutica para la persona que está sometida a él” (Introducción, párr. 3°).

Fundamento de la propuesta de enmienda D)

Menciona el art. 58 del Proyecto, entre los requisitos para que sea lícita la investigación médica realizada sobre seres humanos: “b) contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que se sujeta a la investigación; el consentimiento es libremente revocable”.

En lo que respecta al consentimiento válido para autorizar prácticas experimentales sobre el propio cuerpo, obviamente hay personas que no pueden prestarlo, como son los niños y quienes padecen severas deficiencias mentales.

El art. 59 del Proyecto dispone en sus dos últimos párrafos:

“Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento, excepto disposición legal en contrario.

Si el paciente no está en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica ni la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”.

El epígrafe de este artículo comprende tanto los actos médicos como las investigaciones en el campo de la salud (precisamente la modificación del Proyecto que se hizo en el ámbito del Poder Ejecutivo en relación con el texto del Anteproyecto fue añadirle en el epígrafe a la locución “consentimiento informado para actos médicos” la frase “investigaciones en salud”, y el mismo agregado se hizo en el primer párrafo del artículo, en donde se define el “consentimiento informado” y se mencionan los elementos que tiene que contener). Pero después, en los párrafos siguientes, cuando se habla del consentimiento prestado por otro en el caso de quienes son incompetentes para darlo, se mencionan sólo los “tratamientos” y la “atención médica” ¿Significa esto que las normas sobre consentimiento prestado por terceros no se aplican al supuesto de las investigaciones médicas? En tal caso hay una laguna en la ley propuesta, sobre este punto. Si se afirmara la aplicación analógica de las reglas del último párrafo del art. 59 a las experimentaciones médicas, ello sería incorrecto, pues no se da la misma *ratio iuris* si se aplican tales normas en ambos supuestos —el que cuenta con normas en el régimen legal proyectado y el que carece de normas en él—. En efecto, en el caso de la asistencia médica el interés del menor —o en general, el interés de la persona privada de capacidad o de competencia para decidir acerca de tratamientos— justifica que su padre, o su madre o su representante legal, etc. suplan el consentimiento que no puede otorgar válidamente el niño o la persona mentalmente incapacitada, y aquéllos tomen así una decisión en su beneficio (Si no se admitiese tal consentimiento vicario, se privaría en tales situaciones a los menores enfermos de la probabilidad de curarse, y el resultado sería así contrario a los fines por los cuales se atribuye a las personas menores el status de incapaces y a otros la facultad de representarlos; la representación de los menores y de los incapaces en general es una institución jurídica que tiene como fin primordial el beneficio de los

menores y demás incapaces, a lo cual pertenecen sin duda la conservación de su existencia y la recuperación de su salud, que pueden y deben intentarse aun a costa de ciertos riesgos para el propio menor, cuando éstos son proporcionados con tales fines). Pero si se trata de riesgos en una experimentación médica, corresponde tener en cuenta la primordial distinción que recordamos *supra* entre los dos géneros de experimentaciones: a) aquellas que tienen por fin intentar un beneficio para la salud del sujeto sobre el cual se hace el ensayo y b) aquellas que no tienen dicho fin, sino el objetivo de obtener conocimiento que puede aprovechar solamente a personas distintas de quien está sometido al ensayo. Sólo puede admitirse el consentimiento prestado por otro cuando se trata de un experimento que con razonable probabilidad brindará un beneficio para la salud del menor o de la persona incapacitada de que se trate; cuando ningún bien pueda resultar de tal experimentación para la salud el niño o para el discapacitado mental de tal experimentación, no puede admitirse que los padres ni ningún otro representante puedan comprometer ni la vida ni la integridad ni la salud de aquél.

Es razonable considerar que en el supuesto a) la voluntad de los representantes de la persona incapaz o incompetente expresa el consentimiento presunto del mismo paciente actualmente incapaz de decidir, pues debemos suponer que él prestaría su conformidad para probar el nuevo tratamiento eventualmente salvador en el caso de que estuviera en condiciones de prestar válidamente tal asentimiento; pero no puede presumirse tal conformidad en las experimentaciones comprendidas en el supuesto b). Los ensayos que importen algún daño o riesgo para el niño, y que no se hacen con el fin de beneficiarlo, nunca pueden ser lícitos, ni siquiera con la autorización de los padres o representantes de aquél, pues la potestad que éstos poseen respecto de la persona menor de edad la poseen para la protección de ella, pero no para comprometer su vida, integridad o salud sin razonable esperanza de beneficio cierto o probable para su salud. Lo mismo hay que decir respecto de las personas que a causa del trastorno mental que padecen son incompetentes para consentir válidamente su participación en una investigación que entrañe algún riesgo para su integridad psicofísica. Así por ej. está bien admitir el consentimiento prestado por el representante de una persona con enfermedad de Alzheimer, para una investigación sobre su cuerpo que intente conocer la eficacia de un nuevo fármaco para demorar el avance de dicha dolencia o para aliviar alguno de sus síntomas o mejorar alguno de sus comportamientos, pero es incorrecto ensayar sobre dicha persona un fármaco o tratamiento que se sabe con total certeza que no servirán para su salud, aunque pueda ser útil para obtener conocimientos que aprovecharían a otros.

En conclusión, no es válido el consentimiento que en representación de personas menores de edad o de personas incompetentes para decidir presten sus representantes legales para investigaciones médicas que no tengan como finalidad un beneficio para la salud del sujeto sometido al experimento.

5) INJUSTO CERCENAMIENTO DEL DERECHO DEL ACREEDOR DE COSA CIERTA EN CASO DE DETERIORO DE LA COSA DEBIDA

Texto del Proyecto:

ART. 755 – **Riesgos de la cosa.** El propietario soporta los riesgos de la cosa. Los casos de deterioro o pérdida, con o sin culpa, se rigen por lo dispuesto sobre la “imposibilidad de cumplimiento”.

Modificación propuesta:

Sustituir el texto del art. 755 del Proyecto por el siguiente:

Riesgos de la cosa. El propietario soporta los riesgos de la cosa. En caso de deterioro de la cosa, *el acreedor tiene la facultad de exigir la entrega de ella en el estado en que se hallare, con disminución proporcional del precio si lo hubiese*, si no prefiriese la disolución de la obligación. Si el deterioro es imputable al deudor, el acreedor tiene además *la facultad de exigir una cosa equivalente*. En cualquiera de las tres opciones el acreedor tiene derecho a la indemnización de los perjuicios.

Fundamento

Conforme con el régimen proyectado, si alguien vende un automóvil y antes de su entrega el rodado recibe un deterioro por hecho imputable al deudor, por ej. una abolladura de resultas de un choque, daños en la chapa causados por el granizo, etc., se disuelve la obligación y el comprador tiene solamente el derecho de obtener la indemnización correspondiente por no recibir la cosa a la cual tenía derecho. ¿Tiene conforme al Proyecto la facultad de recibir el automóvil deteriorado, con una disminución en el precio convenido? No, pues la norma referida (art. 755) remite para el caso de deterioro de la cosa a lo dispuesto para el caso de imposibilidad de cumplimiento, lo cual se regula en el art. 955, que al respecto dispone: “La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, *extingue la obligación*, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, *la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados*”. Por tanto, se le reconoce al acreedor solamente la facultad de exigir el resarcimiento, pero pierde el derecho a recibir la cosa, tanto en el caso de que el deterioro no sea imputable al deudor, como en el caso de que le sea imputable.

En cambio, en el régimen actual el acreedor de una cosa cierta, en el caso de que la cosa debida haya sufrido un menoscabo por causa imputable al deudor tiene una triple opción. En efecto, expresa el art. 581 C.C.: “Si la cosa se deteriorare por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho de exigir una cosa equivalente con indemnización de los perjuicios e intereses, o de recibir la cosa en el estado en que se hallare, con indemnización de los perjuicios e intereses”; y conforme con la doctrina y la

jurisprudencia, el acreedor también tiene una tercera facultad, la de disolver la obligación, por aplicación analógica (o más aun, por razonamiento *a fortiori*) a partir del art. 580 C.C., que dispone que si la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el acreedor podrá disolver la obligación (pues si en el caso en que no ha habido culpa del deudor el acreedor tiene la facultad de resolver el contrato, *a fortiori* tiene dicha facultad si ha habido culpa del deudor).

Según resulta de los arts. 755 y 955 del Proyecto, en la obligación de dar cosa cierta, si la cosa se deteriora por culpa del deudor o por causas imputables a él, “se modifica el objeto de la obligación”, o sea que desaparece la obligación de entregar la cosa “y se convierte en la obligación de pagar una indemnización de daños y perjuicios”, como dice la regla. Ello está muy bien si al acreedor, después de sucedido el daño en el objeto, ya no le interesa recibir la cosa menoscabada, y prefiere cobrar la indemnización correspondiente. Pero si el acreedor tiene interés en que se le dé la cosa deteriorada, es irrazonable que no se le reconozca el derecho a reclamarla, *pues tal cosa ha sido el objeto de la obligación constituida*. Si ya no puede recibir la cosa en el estado en que fue convenido, o sea si no se podrá cumplir perfectamente la obligación, y la cosa le interesa, aun deteriorada, lo más aproximado al cumplimiento cabal es que se le entregue la cosa dañada con la correspondiente disminución en el precio.

Como se ve en el art. 581 transcripto y el art. 580 aplicable *a fortiori* según se explicó, el actual Código Civil regula de manera adecuada este supuesto. En cambio en el régimen del Proyecto se cercena una razonable facultad que posee el acreedor de cosa cierta en el régimen hoy vigente.

Una consideración semejante corresponde hacer para el supuesto en que el deterioro de la cosa no es imputable al deudor.

Con la modificación que proponemos, se conservará el régimen actual de Código Civil en este punto, que es conforme al sentido común de justicia y que no ha sido objetado por ninguno de los catorce autores que han publicado tratados de derecho de las obligaciones en nuestro país ². En el texto intitulado *Fundamentos* que precede el Proyecto no se da ninguna explicación de este cambio, y probablemente no ha sido querido por los miembros de la Comisión redactora, sino que ha resultado por inadvertencia o descuido.

² Cfr. Alfredo Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 314; Héctor Lafaille, *Tratado de las obligaciones*, T. II, n° 937; Héctor Lafaille, *Curso de obligaciones*, T. II, n° 139; Raymundo Salvat, *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general*, n° 355 ss.; Enrique Galli, *Anotaciones a Raymundo Salvat, Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones*, T. I, n° 355 ss.; Eduardo Busso, *Código Civil anotado*, T. IV, art. 581; Luis de Gasperi, *Tratado de las obligaciones en el derecho paraguayo y argentino*, T. II, § 974; Ernesto Cordeiro Álvarez, *Tratado de Derecho Civil, T. I. Parte general y obligaciones*, cap. 6, n° 33; Luis María Rezzonico, *Estudio de las obligaciones en nuestro Derecho Civil*, T. I, p. 426; Jorge J. Llambías, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. II-A, n° 806; Guillermo A. Borda, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T.I, n° 417; Pedro N. Cazeaux, en Pedro N. Cazeaux y Félix Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, T. I, p. 662 s.; Luis María Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, T. III, n° 946; Ernesto Wayer, *Derecho Civil. Obligaciones*, T. I, p. 409.

Así también los códigos civiles extranjeros que han previsto regla para este supuesto otorgan al acreedor de la obligación la facultad de recibir la cosa en el estado en que se encuentra, con disminución del precio cuando el deterioro no es imputable al deudor; y la facultad de recibir la cosa en el estado en que se encuentra, con indemnización de los perjuicios, cuando el deterioro es imputable al deudor (así por ej. el Código peruano de 1984, art. 1138, incs. 2 y 6; el Código brasileño de 2002, arts. 235 y 236).

6) OMISIÓN DE REGLAS PARA RESOLVER, CUANDO CONCURREN VARIOS ACREEDORES DE UNA OBLIGACIÓN DE DAR COSA CIERTA (POR EJ. EL CASO DEL DEUDOR QUE VENDIÓ LA COSA MUEBLE A UNO Y DONÓ LA MISMA COSA A OTRO)

Textos del Proyecto:

Art. 756 – **Concurrencia de varios acreedores. Bienes inmuebles.** Si varios acreedores reclaman la misma cosa inmueble prometida por el deudor, son todos de buena fe y *a título oneroso*, tiene mejor derecho:

- a) el que tiene emplazamiento registral y tradición;
- b) el que ha recibido la tradición;
- c) el que tiene emplazamiento registral precedente;
- d) en los demás supuestos, el que tiene título de fecha cierta anterior.

Art. 757 – **Concurrencia de varios acreedores. Bienes muebles.** Si varios acreedores reclaman la misma cosa mueble prometida por el deudor, son todos de buena fe y *a título oneroso*, tiene mejor derecho:

- a) el que tiene emplazamiento registral precedente, si se trata de muebles registrables;
- b) el que ha recibido la tradición, si fuese no registrable;
- c) en los demás supuestos, el que tiene título de fecha cierta anterior.

Modificación propuesta:

A) Incluir reglas que establezcan los efectos jurídicos para el caso de que el deudor haya quedado obligado a entregar la misma cosa mueble a una persona a título gratuito y a otra persona a título oneroso; y también para el caso de que se haya obligado a dar la misma cosa mueble a título gratuito a dos personas.

B) Incluir reglas que establezcan los efectos jurídicos para el caso de que el deudor haya quedado obligado a entregar la misma cosa inmueble a una persona a título

gratuito y a otra persona a título oneroso; y para el caso de que se haya obligado a hacerlo a dos personas a título gratuito.

Fundamento

Con respecto al supuesto en que el deudor se ha obligado en distintos momentos para con más de un acreedor a entregarles la misma cosa, el Proyecto indica la solución jurídica –o sea quién tiene derecho a recibir la cosa–, según que el acreedor haya contratado de buena fe o de mala fe, según se haya hecho o no inscripción registral, según que la inscripción registral a favor de uno haya sido anterior o posterior que la del otro, según que el título de uno sea de fecha cierta anterior o posterior que el del otro, y según que el acreedor haya recibido la tradición de la cosa o que no la haya recibido. Todo ello tanto para el caso de que el objeto de la obligación sea cosa cierta inmueble (art. 756) como para el caso de que sea cosa cierta mueble (art. 757). Pero expresa solamente las soluciones para las situaciones en que los dos o más acreedores lo sean por un contrato a título oneroso. *Se han omitido las reglas para resolver los casos en que ambos acreedores lo sean a título gratuito, y también se han omitido los casos en que uno concurren un acreedor a título gratuito y otro acreedor a título oneroso*, por ejemplo que uno sea comprador y otro sea donatario de la misma cosa, y éste haya recibido la tradición de ella y su título sea de fecha cierta anterior al del primero.

7) INJUSTO CERCENAMIENTO DEL DERECHO DEL ACREEDOR EN CASO DE DETERIORO O PÉRDIDA PARCIAL EN LAS OBLIGACIONES DE GÉNERO

Texto del Proyecto:

Art. 763 – **Periodo anterior a la individualización.** Antes de la individualización de la cosa debida, el caso fortuito no libera al deudor. Después de hecha la elección, se aplican las reglas sobre la obligación de dar cosas ciertas.

Modificación propuesta:

Añadir al art. 763 el texto siguiente:

Si las cosas se pierden o deterioran sólo en parte, sin que ello sea imputable al deudor, *el acreedor tiene derecho de exigir la parte restante no deteriorada, con disminución proporcional del precio si lo hubiese*, salvo que prefiera la disolución de la obligación. Si la pérdida parcial o deterioro parcial es imputable al deudor, el acreedor tiene la opción entre a) disolver la obligación con indemnización de los perjuicios y b) *exigir la entrega de la cantidad restante o no deteriorada y las cosas equivalentes a la parte perdida o deteriorada, con indemnización de los perjuicios.*

Fundamento

En caso de deterioro de la cosa en estas obligaciones (“obligaciones de género” del Proyecto, que comprenden las “obligaciones de género” y las “obligaciones de cantidad”, según la denominación usual) se aplican, en el régimen del Proyecto, las mismas reglas que para el caso de imposibilidad de cumplimiento de la obligación (por remisión que el art. 763 hace al art. 755, que a su vez remite al art. 955, al cual nos hemos referido en un apartado anterior): si el deterioro no es imputable al deudor de entregar la cosa, la obligación se extingue; y si el deterioro es imputable al deudor, el acreedor tiene derecho a la indemnización.

Por consiguiente, se aplica aquí la misma objeción que expusimos en el apartado anterior. Si el acreedor prefiere recibir la cosa o cosas deterioradas o la parte no perdida, no es justo imponerle que solamente reciba una indemnización por el incumplimiento.

El régimen actual establece la solución justa para el caso de deterioro de la cosa en estas obligaciones en que el objeto es cosa fungible (“obligaciones de cantidad”). Dispone el art. 611 C.C. que si la cosa se pierde en parte o se deteriora en parte sin culpa del deudor, tiene opción entre la extinción de la obligación o exigir la cantidad restante con disminución proporcional del precio. Y para el caso de pérdida parcial o deterioro parcial imputables al deudor, los arts. 612 y 615 disponen que el acreedor tiene opción entre la extinción de la obligación con indemnización de los perjuicios,

o exigir la parte restante no deteriorada más la correspondiente a la parte faltante o deteriorada, más indemnización de los perjuicios.

Las reglas del actual Código Civil en este punto nunca fueron objetadas y en los *Fundamentos* que presentan los autores de Proyecto no se dice nada acerca de este cambio, que perjudica al acreedor de esta especie de obligaciones, en cuanto omite, sin razón, la facultad de conservar la parte no perdida o no deteriorada de la cantidad prometida al constituirse la obligación.

8) OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA (OCHO OBSERVACIONES)

Textos del Proyecto:

Art. 765, último enunciado – “... Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, *la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal de conformidad con la cotización oficial*” (La parte subrayada es una modificación del Proyecto del P. E., con respecto al Anteproyecto de la Comisión Redactora).

Art. 766 – “El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada” (En el texto de este artículo en el Proyecto final del Poder Ejecutivo se eliminó la frase siguiente: “*tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene*”, que contenía el artículo en el Anteproyecto de la Comisión Redactora).

Modificación propuesta:

Reponer el tenor que tenía el art. 765 en el *Anteproyecto*, o sea reemplazar el último enunciado de dicho artículo por el texto siguiente: “... Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero”.

Si no se realiza la enmienda indicada, o sea si se mantienen los cambios introducidos por el Poder Ejecutivo en el art. 765, realizar las siguientes enmiendas, para evitar inseguridad jurídica:

- eliminar la contradicción entre el art. 765 última parte y el art. 766;
- añadir al art. 765, como enunciado final: “... el día del efectivo pago. Se aplica el régimen de las obligaciones alternativas”;
- expresar si la norma del art. 765 que faculta al deudor a pagar en moneda nacional es norma de orden público o si es norma disponible por las partes;
- establecer claramente si dicha norma se aplicará solamente a las obligaciones que se constituyan desde que entre en vigencia el nuevo Código, o si también se aplicará a las obligaciones nacidas con anterioridad pero impagas al tiempo de comenzar a regir el nuevo Código;
- eliminar del art. 765 la frase “la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas”.
- dejar en claro si en el caso de los depósitos bancarios en moneda extranjera (art.1390 del Proyecto) se establece o no una excepción respecto del art. 765 *in fine*.

Fundamento

1) Que el legislador limite los efectos jurídicos de la contratación en moneda extranjera (como lo hace la regla del art. 765 *in fine*, introducida en la revisión que el Poder Ejecutivo hizo del Anteproyecto), y restrinja la venta de moneda foránea por los bancos y casas de cambio (como se ha hecho mediante disposiciones reglamentarias recientes) no es, *en sí mismo*, algo reprochable. Restricciones de esta índole pueden estar justificadas por razones de bien común político, o sea, de interés público. El “control de cambios” es una atribución legítima del gobierno mediante la cual puede, entre otras cosas, reducir, condicionar, reglamentar y fiscalizar la adquisición de monedas extranjeras, su uso en diversas operaciones o la salida de ellas del país. Los derechos individuales a la libre contratación no son absolutos y es razonable y justo que tengan límites cuando lo exija la utilidad general de la Comunidad (como decían los antiguos romanos, “*salus populi suprema lex esto*”: el bien del pueblo debe ser la ley suprema); es al gobierno de la Comunidad Política a quien le compete determinar las medidas que sean idóneas para el bien común, con cierta discrecionalidad, y dentro de tales medidas están las que disponen limitaciones a la contratación en moneda extranjera y a la eficacia legal de los respectivos contratos.

No es cuestionable que preceptos de la ley impongan tales restricciones, *pero es cuestionable que un régimen legal de esta clase se pretenda imponer en las circunstancias de una inflación constante que supera el 20 % anual*, como sucede actualmente en nuestro país, en conjunción con la invalidez que establece la ley (tanto la actualmente vigente como la que regirá luego de aprobarse este Proyecto) respecto de las cláusulas de actualización del importe de las obligaciones dinerarias. Tal ineficacia que impone la ley a las cláusulas paliativas de la inflación hace que los contratos en moneda extranjera y el ahorro en moneda extranjera sean para la gente la única posibilidad de defenderse de la depreciación monetaria, el único medio posible de evitar la pérdida del valor adquisitivo de la acreencia dineraria (y aun esto sólo puede conseguirse parcialmente con la adquisición de la moneda extranjera, pues la inflación también ha solido afectar importantemente al dólar durante muchos años).

El derecho de los miembros de la Comunidad a poseer moneda que pueda cumplir con las funciones propias de ella, como son las funciones de servir de “medida común de los valores” y de servir como medio de ahorro para gastos o adquisiciones futuras, hoy puede hacerse efectivo casi solamente mediante contratos en moneda extranjera, por ejemplo contratos de compraventa en que los pagos parciales que deba hacer el comprador al vendedor en fechas sucesivas se establezcan en una moneda foránea cuyo valor real sea más estable que el de la moneda nacional.

Además de lo dicho, hay que advertir que el modo como quedarían reguladas las obligaciones en moneda extranjera si se aprueban las normas del Proyecto suscitan importantes incertidumbres, o sea, inseguridad jurídica, según exponemos en los párrafos siguientes.

2) Puede verse que hay una contradicción entre los arts. 766 y 765, pues el primero dispone que quien se obligó a pagar dólares, euros, etc., debe pagar dólares,

euros, etc. respectivamente; pero el segundo de dichos artículos dice que si el deudor se obligó a pagar dólares, euros, etc., puede liberarse pagando pesos argentinos en cantidad calculada según la cotización oficial de la moneda extranjera. Si se aprueba el Proyecto de Código con tales textos, ¿cómo habrá de resolverse tal incongruencia? En caso de contradicción entre normas un criterio hermenéutico es hacer prevalecer la más equitativa o razonable, la cual, conforme a lo expuesto en el ítem anterior, es la norma del art. 766 que reconoce al acreedor el derecho de exigir el pago en la moneda convenida con el deudor. Pero si se sigue la voluntad del autor de la ley como canon de interpretación, lo cierto es que en las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo y que el Congreso apruebe –si es el caso–, se ha querido que el deudor pueda liberarse mediante el pago de pesos, o sea que debe prevalecer el art. 765.

3) Está claro que según el art. 765 el deudor puede liberarse pagando la cantidad convenida de moneda extranjera, pero que también, si prefiere, puede liberarse pagando el importe equivalente en pesos argentinos. Podemos decir, por tanto, que se trata de una *obligación alternativa regular*, o sea una obligación alternativa en la que la elección es prerrogativa del deudor (Expresa el Proyecto en el art. 779: “La obligación alternativa tiene por objeto una prestación entre varias que son independientes y distintas entre sí. El deudor está obligado a cumplir una sola de ellas”. Y el art. 780 dice: “Excepto estipulación en contrario, la facultad de elegir corresponde al deudor”). Según el régimen del Proyecto, al constituirse la obligación en moneda extranjera las partes estarían estipulando una obligación alternativa en que la elección de moneda (elección entre la moneda nacional y la moneda expresamente estipulada por ellos) es una facultad del deudor. Sin embargo, se suscita la duda con respecto a la especie de obligación de que se trata, porque el supuesto también puede encuadrarse en el concepto de la *obligación facultativa*; el Proyecto define este género de obligación como sigue: “La obligación facultativa tiene una prestación principal y otra accesoria. El acreedor sólo puede exigir la principal, pero el deudor puede liberarse cumpliendo la accesoria” (art. 786).

La determinación de cuál de ambas especies de obligación se trata en el caso del art. 765 del Proyecto es importante, porque hay diferencias entre los efectos jurídicos de las obligaciones alternativas y los de las facultativas. El Proyecto establece respecto de las obligaciones alternativas: “La elección es irrevocable *desde que se comunica a la otra parte o desde que el deudor ejecuta alguna de las prestaciones, aunque sea parcialmente*” (art. 780). En cambio para las obligaciones facultativas la regla es diferente: “El deudor dispone *hasta el momento del pago* para ejercitar la facultad de optar” (art. 786). Para el caso de que una de las prestaciones de la obligación alternativa se vuelva imposible por causas ajenas a las partes (art. 781 a), el deudor queda obligado a cumplir la otra. En cambio si se trata de una obligación facultativa, si la prestación principal se torna imposible sin culpa de las partes, la obligación se extingue, de modo que el deudor queda liberado y no debe pagar la prestación accesoria (art. 787). De conformidad con las cuatro normas referidas, resultan importantes diferencias en las consecuencias jurídicas según que la obligación esti-

pulada en moneda extranjera, en el régimen del Proyecto, se conciba como obligación alternativa o como obligación facultativa.

El art. 788 del Proyecto establece que “en caso de duda respecto a si la obligación es alternativa o facultativa, se tiene por alternativa”. Esta regla parece resolver la incertidumbre referida en los párrafos anteriores. Sin embargo la norma del art. 788 está prevista para el caso de duda respecto del supuesto de hecho, o sea, para el caso en que se dude si la deuda concreta contraída por A respecto de B se ha contraído como una obligación alternativa o como una obligación facultativa, en cuyo caso se la tendrá por alternativa. Pero en la cuestión que nos ocupa no se trata de una duda de hecho, sino de derecho: la obligación en moneda extranjera convenida por las partes (o surgida de cualquier clase de fuente), ¿según el régimen legal que establece el art. 765 del Proyecto, es una obligación alternativa o es una obligación facultativa? Sería conveniente que la ley que se apruebe lo dijera expresamente.

De nuestra parte nos permitimos aconsejar que se establezca que se trata de una obligación alternativa, pues si se le atribuye la calidad de obligación facultativa, en caso de que al deudor le resulte imposible obtener la moneda extranjera pactada, la obligación se extinguirá y entonces no se le podrá exigir el pago, ni en dicha moneda, ni en pesos, por aplicación del art. 787, lo cual no se ve como un resultado deseable.

4) En el art. 765 del Proyecto se dice que “*el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal de conformidad con la cotización oficial*”, pero no se establece el momento que debe tenerse en cuenta para la cotización: ¿el día en que fue constituida la obligación, el día en que se hizo el instrumento respectivo – v. gr. la factura–, el día del efectivo pago? ³. Lo más justo es que se tenga en cuenta el momento del pago, claro está, y por ende esto es lo que hay que interpretar; pero para aventar dudas, disipar controversias y evitar prácticas contrarias a la buena fe, es conveniente que el texto legal lo diga claramente.

5) La regla que permite al deudor abonar en moneda nacional la deuda convenida en moneda extranjera, ¿es una norma de orden público, y por ende indisponible por las partes?, ¿o es una norma supletoria, de modo que si las partes convienen lo contrario, la convención es válida? Si se aprueba la regla del art. 765 *in fine* serán comunes cláusulas que hará incluir el acreedor en la convención, con un tenor de este tipo: “el deudor deberá pagar la suma convenida *necesariamente* en dólares” o “el deudor *renuncia* a la facultad que establece el art. 755 *in fine*” o “el deudor *no podrá cancelar la obligación pagando el equivalente en pesos*”. ¿Será válida una regla contractual de esta índole? La cuestión no está resuelta en el Proyecto y sin duda va

³ “El nuevo art. 765 no establece el momento en que debe tomarse la cotización oficial, lo que puede ser un problema en épocas inflacionarias, ya que en algunos casos puede pasar un tiempo prolongado entre el momento en que se factura determinada operación y el del efectivo pago, pudiendo haber importantes diferencias en el tipo de cambio en dicho lapso” (Martín Brindici, *Comentario sobre los nuevos artículos 765 y 766 del Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial (Análisis sobre posible pesificación de los contratos)*, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1/8/12, p. 7; JA vol. 2012–III).

a generar inseguridad jurídica, pues de un lado puede afirmarse que el art. 765 es precepto de orden público inderogable por las partes, por tratarse de una norma vinculada a la política económica y a la política monetaria, y dictada por razones de utilidad general, como suele ser lo que pertenece al derecho monetario; de otro lado está el art. 962 del mismo Proyecto, que establece como regla general 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”.

6) ¿La referida regla del art. 765 (que faculta al deudor a abonar el valor en pesos) rige solamente para las obligaciones constituidas desde que comience a regir el nuevo Código, o también deberá aplicarse a las obligaciones nacidas antes de la vigencia del nuevo Código pero aún no pagadas?

En rigor, hay que distinguir tres supuestos posibles: a) obligaciones que se constituyan cuando la nueva legislación ya esté vigente (lo cual no suscita duda), b) obligaciones nacidas antes del nuevo régimen y que venzan después que comience a regir éste y c) obligaciones nacidas antes del nuevo régimen y también vencidas antes de éste, pero aún no pagadas cuando comience a regir el nuevo Código.

El art. 7º del Proyecto, acerca de la aplicación de las nuevas leyes a relaciones y situaciones existentes con anterioridad, dispone:

“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”.

Puede verse que se reproduce el art. 3º del actual Código Civil de modo textual, a lo cual se añade el último enunciado que dice “... con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”.

Conforme a estas reglas, el régimen que se establece en el Proyecto es el siguiente:

a) Las nuevas normas sobre obligaciones en moneda extranjera, en los contratos entre proveedores y consumidores (en el sentido que tienen estos términos según la Ley de Defensa del Consumidor) se aplican a los contratos que se hayan celebrado antes de que entre en vigencia el nuevo Código, en cuanto sean más favorables al consumidor que las normas actuales. Dado que pagar el valor en pesos según la cotización oficial es más favorable para el consumidor que pagar la cantidad de moneda extranjera convenida, las nuevas normas serán aplicables.

b) Las nuevas normas sobre obligaciones en moneda extranjera, en los contratos que no vinculan a proveedores y consumidores (en el sentido que tienen estos términos según la Ley de Defensa del Consumidor) no rigen las consecuencias jurídicas de los contratos que se hayan celebrado antes de que entre en vigencia el nuevo Código.

Esto significa que el deudor que, en una relación jurídica en la que no es “consumidor” constituyó antes de que entre en vigencia el nuevo Código una obligación en dólares y a plazos y que debe hacer pagos parciales que vencerán, por ejemplo, cinco años después de la entrada en vigencia del nuevo Código, deberá abonar la cantidad de moneda extranjera que estipuló en el contrato, sin que pueda ejercer la facultad de entregar al acreedor el valor en pesos argentinos.

¿Son éstas las consecuencias jurídicas que se quieren instituir? Si no es así, se debe incluir la regla pertinente para los efectos jurídicos que se quieran establecer.

7) El texto del art. 765 encierra una contradicción que, si es aprobado sin modificaciones, generará inseguridad jurídica: dice que la obligación en moneda extranjera “*debe considerarse como obligación de dar cantidades de cosas*”, y también dice que “*el deudor puede liberarse de ella dando el equivalente en moneda de curso legal de conformidad con la cotización oficial*”, de modo que se convierte en una obligación de dar suma de dinero nacional. Sucede que ciertas consecuencias jurídicas varían según se trate de una obligación de dar cantidades de cosas o una deuda dineraria; por ejemplo, en caso de mora del deudor, éste debe intereses si es una deuda dineraria, pero debe indemnización de los perjuicios causados por el retardo si se aplica el régimen de las obligaciones de dar cantidades de cosas (En rigor, hay que señalar al respecto otra dificultad: en el Proyecto no aparecen las “obligaciones de dar cantidades de cosas” dentro de las clases de obligaciones; tal categoría existe en el Código Civil actual. En el Proyecto ellas estarían incluidas dentro de las “obligaciones de género”, que sí se mencionan y regulan en él).

8) Hay que señalar además que una regla específica del Proyecto referida a los depósitos bancarios realizados en moneda extranjera *manda que tales depósitos sean restituidos en la misma clase de moneda* (art. 1390), de modo que la regla general acerca de las obligaciones en moneda extranjera y la regla particular para la obligación de restituir el depósito en moneda extranjera disponen soluciones contrarias entre sí.

Si surge una controversia entre el depositante y el banco depositario, ¿cómo habrá de resolverse? A favor del cliente se puede interpretar que siendo ambas normas coetáneas, la regla especial deroga la regla general. Pero el banco tendrá también un argumento de peso: podrá alegar que la intención del legislador (el Poder Ejecutivo y el Congreso) fue hacer convertibles en pesos todas las deudas constituidas en dólares o en cualquier moneda extranjera, y al respecto, modificar el régimen del Anteproyecto, pero que no advirtió la existencia de la regla específica del art. 1390 en el Anteproyecto y por ello la dejó sin modificar.

9) DETERMINACIÓN DE LA TASA DE LOS INTERESES MORATORIOS POR LAS AUTORIDADES DEL BANCO CENTRAL

Texto del Proyecto:

Art. 768 – **Intereses moratorios.** A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina:

- a) por lo que acuerden las partes;
- b) por lo que dispongan las leyes especiales;
- c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central.

Modificación propuesta:

Modificar el inc c) del art. 768, de modo que quede como sigue:

- c) en subsidio, por tasas *de interés real positivo* que se fijen según reglamentaciones del Banco Central.

Fundamento

Conforme al Código Civil actual, los tribunales determinan las tasas de intereses moratorios en los casos en que las partes no la hayan convenido en el contrato ni la ley la indique. Los jueces adaptan sus criterios en este punto según el grado de inflación sucedido en el periodo que ha durado la mora y otras circunstancias. No es bueno sustituir este régimen por otro en el cual esta determinación sea atribución de las autoridades del Banco Central.

De todos modos, si se insiste en conferir al Banco Central esta atribución que siempre han tenido los tribunales conforme al Código Civil (como lo dispone el art. 768 inc. c) del Proyecto), y si al mismo tiempo se mantiene la prohibición de que los jueces actualicen el valor nominal de las deudas afectadas por la inflación, la ley debe expresar que la tasa sea “tasa de interés *real positiva*”, o sea que sea superior al porcentaje de la desvalorización monetaria sucedida en el periodo de mora. En caso contrario *no será un verdadero interés*, no será resarcitorio del perjuicio sufrido por el acreedor como consecuencia del retardo en la percepción de la suma dineraria.

Debe establecerse que sea una tasa “real positiva”:

- a) para que no resulte una injusticia en perjuicio del acreedor;
- b) para que realmente se cumpla con la regla del Código Civil de que el deudor que ha incurrido en mora abone intereses (art. 768 del Proyecto, primera línea);
- c) con fin preventivo, esto es, para evitar que los deudores especulen con el incumplimiento, en perjuicio del acreedor; y como consecuencia de esto,
- d) para evitar la dilación deliberada de los procesos judiciales.

10) INJUSTO RÉGIMEN DE LAS *ASTREINTES* CUANDO SE IMPONEN A FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Texto del Proyecto:

Art. 804 – **Sanciones conminatorias.** Los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

La observancia de los mandatos judiciales impartidos a las autoridades públicas se rige por las normas propias del derecho administrativo.

Modificación propuesta:

Suprimir el último párrafo del art. 804 (“La observancia ... normas propias del derecho administrativo”).

Fundamento

En el art. 804 del Anteproyecto se regularon las *astreintes*, con el mismo contenido que tiene el art. 666 bis del actual Código Civil. Pero el Poder Ejecutivo le añadió un párrafo con el siguiente tenor: “*La observancia de los mandatos judiciales impartidos a las autoridades públicas se rige por las normas propias del derecho administrativo*”.

Las *astreintes* se utilizan para constreñir a deudores recalcitrantes a cumplir obligaciones luego de la sentencia judicial condenatoria o para lograr que se acaten otras resoluciones judiciales, tanto en el caso de mandatos del tribunal dirigidos a personas particulares, como en el caso de órdenes que los tribunales imparten a funcionarios estatales (por ej. entregar una cosa, presentar un informe al tribunal, emitir una resolución, reponer a un empleado público en su cargo o en su función, cumplir una sentencia en materia jubilatoria).

El enunciado agregado es oscuro. Puede interpretarse que el acatamiento que la Administración Pública haga de las órdenes judiciales está subordinada a una reglamentación específica que deberá dictar la propia Administración Pública. También puede entenderse que el funcionario a quien el tribunal ha ordenado una conducta determinada no puede ser obligado a cumplirla por medios coactivos sino después que se haya agotado la vía jerárquica, y de modo que finalmente lo solicitado por el tribunal puede ser denegado por el superior jerárquico. Cualquiera sea la interpretación que se haga del referido enunciado (las mencionadas u otras), no hay razón que

pueda justificar una desigualdad de trato según que la desobediencia de la orden judicial sea cometida por un particular o sea cometida por un funcionario o empleado público estatal, con trato legal más favorable en el segundo caso.

11) CONTRADICCIÓN EN EL RÉGIMEN DE LA CLÁUSULA PENAL ACESORIA DE UNA OBLIGACIÓN INDIVISIBLE

Texto del Proyecto:

Art. 825 – Concepto. Se consideran *indivisibles* las prestaciones correspondientes a las obligaciones [...] d) accesorias, si la principal es indivisible.

Modificación propuesta:

Suprimir el inc d) del art. 825.

Fundamento

El art. 799 del Proyecto, ubicado en la sección de las obligaciones con cláusula penal, expresa: “Sea divisible o indivisible la prestación principal, cada uno de los codeudores o de los herederos del deudor no incurre en la pena sino *en proporción de su parte*, siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal”.

Pero el art. 825 del mismo Proyecto, situado en la sección de las obligaciones divisibles e indivisibles, dice: “Se consideran *indivisibles* las prestaciones correspondientes a las obligaciones [...] d) accesorias, si la principal es indivisible”.

Obviamente, ambas reglas del Proyecto se contradicen. Y la regla correcta es la que enuncia el art. 799, por la razón siguiente: La obligación indivisible lo es porque su objeto no puede fraccionarse sin que la cosa pierda su naturaleza o se destruya su valor; por lo tanto, el que la obligación principal sea indivisible es irrelevante para determinar si la obligación accesoria es divisible o indivisible; lo que importa es la índole del objeto de la obligación accesoria: si es fraccionable (en el sentido expuesto), la obligación accesoria es divisible; si el objeto no es fraccionable, la obligación accesoria es indivisible.

12) DEFINICIÓN INCORRECTA DE LA OBLIGACIÓN SOLIDARIA

Texto del Proyecto:

Art. 827 – **Concepto.** Hay solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y *originadas en una causa única* cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores.

Modificación propuesta:

Modificar el texto del art. 827, de modo que quede así:

Concepto. Hay solidaridad en una obligación con pluralidad de sujetos cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, o por cualquiera de los acreedores.

Fundamento

Es un error que la obligación de cada uno de los codeudores solidarios nazca siempre de una causa única. En el mismo Proyecto se establece la solidaridad de obligaciones que se originan en distintas causas, por ejemplo en el art. 551: “Es solidariamente responsable del pago de la deuda alimentaria quien no cumple la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su dependiente o a cualquier otro acreedor”. En este caso la deuda del alimentante tiene una causa distinta de la deuda de quien incumplió la orden judicial referida. Además, la fianza (que puede ser solidaria) puede constituirse después que se ha constituido la deuda principal y también para garantizar obligaciones futuras de otro, de modo que la obligación del fiador solidario y la obligación del deudor principal se originan en distintas causas, en convenciones realizadas en distintos momentos (art. 1578 del Proyecto).

13) RÉGIMEN INJUSTO SOBRE LOS EFECTOS DE LAS EXCEPCIONES PERSONALES EN LA OBLIGACIÓN SOLIDARIA E INCONGRUENCIA ENTRE LOS EFECTOS DE LAS EXCEPCIONES PERSONALES EN LA OBLIGACIÓN SOLIDARIA Y LOS EFECTOS DE ELLAS EN LA FIANZA

Texto del Proyecto:

Art. 831 – **Defensas.** Cada uno de los deudores puede oponer al acreedor las defensas comunes a todos ellos. Las defensas personales pueden oponerse exclusivamente por el deudor o acreedor a quien correspondan, y sólo tienen valor frente al coacreedor a quien se refieran. Sin embargo, *pueden expandir limitadamente sus efectos hacia los demás codeudores, y posibilitar una reducción del monto total de la deuda que se les reclama, hasta la concurrencia de la parte perteneciente en la deuda al codeudor que las puede invocar.*

Modificación propuesta:

Eliminar la tercera oración del art. 831 (“Sin embargo, pueden expandir [...] al codeudor que las puede invocar”).

Fundamento:

La norma contenida en la tercera oración del art. 831 del Proyecto está en contra del sentido mismo de la obligación solidaria, se opone a la razón por la cual se constituye una obligación solidaria. Si X y Z firman como coobligados solidarios respecto de A, lo que se quiere es que la obligación quede más reforzada en su garantía de pago que si se obligara solamente X, o que si se obligara solamente Z, o que si se obligara X por sólo su parte y Z por sólo su parte. Pero si se dispone, como lo hace esta regla proyectada, que en caso de que Z pueda oponer una defensa personal (por ej. la incapacidad de hecho para contratar, o una incapacidad de derecho, o el error excusable sobre la persona del acreedor, o sobre la índole del acto jurídico o sobre la cosa que es objeto de la obligación) se reduce el importe que puede exigir A a X a la parte que éste tenga en su relación interna con Z, entonces al acreedor le hubiese convenido que se obligara solamente X por el todo, en lugar de constituir una obligación solidaria. Ello es absurdo.

La solución correcta es la que contiene el Código Civil actual: Los efectos jurídicos de las excepciones personales que oponga un codeudor solamente lo benefician a él; no se expanden a los demás (art. 715). La doctrina unánimemente ha admitido esta solución sin objeción alguna. Puede constatarse esta unanimidad en los catorce tratados de derecho de obligaciones publicados en nuestro país.

En el texto intitulado *Fundamentos* que acompaña el Proyecto no se dice nada sobre este cambio en el régimen de las obligaciones solidarias.

Además, hay una incongruencia entre la regla que objetamos (art. 831 *in fine*) y el art. 1576 del mismo Proyecto, que establece: “El fiador no puede excusar su responsabilidad en la incapacidad del deudor”. La obligación solidaria es siempre una garantía mayor que la simple fianza; sin embargo, conforme al art. 831 *in fine*, cuando uno de los deudores tiene una defensa personal, resulta más conveniente ser codeudor solidario de él que ser simple fiador de él (¡¡!). La fianza es por esencia accesoria de la obligación principal; en cambio la obligación de un codeudor solidario no es accesoria de la obligación de otro codeudor solidario; sin embargo, según el art. 1576 en caso de incapacidad del deudor principal se mantiene íntegro el importe de la obligación del fiador, que es accesoria, pero se extingue la obligación del codeudor solidario capaz por la parte del otro codeudor solidario que ha sido incapaz al tiempo de constituirse la obligación.

14) REGLA SOBRE EFECTOS DE LA COSA JUZGADA EN LA OBLIGACIÓN SOLIDARIA, QUE SE OPONE AL PRINCIPIO DE DEFENSA

Texto del Proyecto:

Art. 832, 2º párr. – El deudor no puede oponer a los demás coacreedores la sentencia obtenida contra alguno de ellos; *pero los coacreedores pueden oponerla al deudor*, sin perjuicio de las excepciones personales que éste tenga frente a cada uno de ellos.

Modificación propuesta:

Eliminar en el art. 832 la parte que dice “*pero los coacreedores pueden oponerla al deudor*, sin perjuicio de las excepciones personales que éste tenga frente a cada uno de ellos”.

Fundamento

Esta regla del Proyecto permite que el acreedor oponga la sentencia favorable obtenida contra un codeudor solidario, a otro codeudor solidario que no fue parte en el juicio. Con esto es manifiesto que se viola el *principio de defensa* en perjuicio del segundo codeudor solidario, pues es condenado a pagar sin haber tenido la posibilidad de defenderse (demostrando que el crédito no existe, o que ya había sido pagado totalmente o parcialmente, o que se hallaba extinguido total o parcialmente, o que el demandante no era el acreedor, o que la real cantidad de la deuda es inferior a la que expresaba la demanda, o que el importe de los intereses no corresponde, etc.).

En cambio, el Código Civil actual, en el art. 715, 2º párr. establece la norma correcta: “La cosa juzgada recaída en juicio es invocable por los coacreedores, *pero no es oponible a los codeudores que no fueron parte en el juicio*. Los codeudores pueden invocar la cosa juzgada contra el coacreedor que fue parte en el juicio”.

15) INCONGRUENCIA EN LA PRESUNCIÓN DE SOLIDARIDAD

Texto del Proyecto:

Art. 828 – **Fuentes.** La solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación.

Modificación propuesta:

Agregar al texto del art. 828 la frase siguiente: “salvo lo dispuesto en el art. 814 inc. b)”.

Fundamento

Conviene remediar cierta contradicción que aparece entre los términos del art. 814 y el art. 828 del Proyecto.

Expresa el art. 814, dentro de su inciso b), referido a las obligaciones que son indivisibles por convención: “En caso de duda sobre si se convino que la obligación sea indivisible o solidaria, se considera solidaria”. Y el art. 828 dispone: “La solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación”.

Interpretamos que se ha querido que se presuma la solidaridad en un único caso: cuando se dude si las partes han querido constituir una obligación indivisible por convención o si han querido constituir una obligación solidaria.

Conviene, por tanto, para eliminar la incongruencia que aparece entre ambas reglas, agregar al texto del art. 828 la frase siguiente: “salvo lo dispuesto en el art. 814 inc. b)”.

16) SUPRESIÓN DE LAS OBLIGACIONES NATURALES ⁴

Texto del Proyecto:

Art. 724 – **Definición.** La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, *a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés.*

Modificaciones propuestas:

Eliminar la frase final del art. 724 (“y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés”).

Añadir al art. 724 un segundo párrafo, con el texto siguiente:

“Las obligaciones son civiles o son naturales. Civiles son las que facultan al acreedor a obtener el cumplimiento por vía judicial coactiva. Meramente naturales son las que, fundadas solamente en exigencias de justicia o de equidad no confieren dicha facultad al acreedor, pero cumplidas por el deudor, autorizan a aquél a retener lo que ha recibido en razón de ellas”.

Fundamento

a) Las obligaciones naturales en el Código Civil, en los Proyectos anteriores de reforma y en este Proyecto

El Código Civil redactado por Vélez Sársfield dedica un título a las obligaciones naturales, que comprende los arts. 515 a 518, el primero de los cuales las define y también menciona algunos casos de obligaciones jurídicas naturales (entre ellas, las que no fueron reconocidas en juicio por falta de prueba, las que surgen de actos que cumplen todos los requisitos para generar obligaciones civilmente exigibles salvo la forma exigida por la ley y las que nacieron como obligaciones civiles pero después se cumplió el lapso de prescripción a su respecto). La lista del art. 515 C. C. es ejemplificativa, pues, como han entendido los doctrinarios y la jurisprudencia, todos los otros casos de obligaciones que encuadren en dicha definición son también obligaciones naturales, por ej. la obligación del fallido rehabilitado de pagar la deuda que quedó impaga luego del proceso de quiebra, la obligación del autor del daño de abonar la indemnización plena del perjuicio en el caso de que la ley establezca a su

⁴ Tratamos con mayor amplitud acerca de las obligaciones naturales, su juridicidad y la diferencia entre ellas y los meros deberes morales (en su índole y en las consecuencias jurídicas) en nuestro artículo *Obligaciones naturales y deberes meramente morales*, en La Ley, Buenos Aires, 27/6/2012, ps. 1–8; tomo 2012-D, ps. 802–827 ss.

favor una limitación del importe resarcitorio, como sucede en los perjuicios sufridos por el pasajero en el contrato de transporte aéreo.

Los cuatro proyectos de reformas del Código Civil elaborados antes del Proyecto de 2.012 conservaron el reconocimiento explícito de las obligaciones naturales ⁵.

El Proyecto que examinamos, en cambio, *excluye las obligaciones naturales del concepto de obligación, y pretende suprimir las obligaciones naturales, o despojarlas de su calidad de obligaciones jurídicas, atribuyéndole la índole de meros deberes morales*. Expresa el art. 724, dedicado a definir la obligación: “La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, *a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés*”. Precisamente al incluirse dentro de esta definición, o sea como nota esencial de lo definido, la posibilidad de obtener *coactivamente* el cumplimiento, se deja afuera la obligación natural. En el texto que precede el Anteproyecto con el título *Fundamentos* la Comisión redactora dice precisamente que con esta definición se procura excluir del concepto de obligación la obligación natural: “La definición propuesta [...] conduce a descartar el carácter obligacional de las denominadas obligaciones naturales, categoría cuya supresión se propone, por considerar que no son verdaderas obligaciones, por defecto de exigibilidad” ⁶. Además, la Comisión afirma que ella no es un deber jurídico, sino un deber meramente moral. Y refiere que se aparta del Proyecto de 1998, que conservó las obligaciones naturales, pues los autores del Anteproyecto de 2012 siguen “otra tendencia, que considera que se trata de deberes morales, y no jurídicos”. El Anteproyecto (y el Proyecto) incluyen una regla que expresa: “Lo entregado en cumplimiento de deberes morales o de conciencia es irrepetible” (art. 728).

Son pocos los Códigos que contienen una definición de obligación jurídica (el Código Civil de Grecia, art. 287; de Filipinas de 1949, art. 1156; el Código de las Obligaciones Civiles y Comerciales de Senegal de 1963, art. 1°; el Código Civil de la Federación Rusa de 1995, art. 307; de Armenia de 1998, art. 345; de Macao de 1999, art. 391; de Vietnam de 2001, art. 280). En ninguno de tales códigos se pone como requisito para que una obligación jurídica sea tal, que sea posible hacerla cumplir por la fuerza.

⁵ Proyecto de 1987, art. 515; Proyecto de la Comisión de la Cámara de Diputados de 1993, art. 515; Proyecto de la Comisión designada por el Poder Ejecutivo de 1993, art. 723; Proyecto de 1998, art. 685.

⁶ *Proyecto de reformas del Código Civil* (2012), Fundamentos, Libro III. De los derechos personales. Tít. 1. El concepto de obligación.

b) Las obligaciones naturales en la doctrina argentina. Opinión que niega su juridicidad; refutación de esa opinión. Diferencia entre las obligaciones naturales y los meros deberes morales

En nuestro país ha sido y es casi unánime entre juristas, profesores y jueces la doctrina contraria a la que expresa la Comisión redactora del Proyecto en examen. Trece de los catorce juristas argentinos autores de tratados de derecho de las obligaciones han enseñado que las obligaciones naturales son genuinas obligaciones jurídicas: Alfredo Colmo⁷, Raymundo Salvat⁸, Enrique Galli⁹, Eduardo Busso¹⁰, Luis Rezzonico¹¹, Ernesto Cordeiro Álvarez¹², Jorge Llambías¹³, Luis Boffi Boggero¹⁴, Pedro Cazeaux¹⁵, Guillermo Borda¹⁶, Atilio Alterini¹⁷, Ernesto Wayar¹⁸ y Marcelo López Mesa¹⁹.

Algunos autores italianos en el siglo XIX negaron la juridicidad de las obligaciones naturales con el argumento de que en ellas el acreedor carece del poder de obtener el cobro mediante el auxilio de la coacción estatal²⁰. Esta tesis importa una concepción errónea de lo jurídico, en cuanto juzga que para que exista un deber jurí-

⁷ Alfredo Colmo, *De las obligaciones en general*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, n° 9, p. 61.

⁸ Raymundo Salvat, *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general*, 3ª ed., Librería y Casa Editorial de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1935, n° 273, p. 126.

⁹ Enrique V. Galli, "Anotaciones" a Raymundo Salvat, *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general*, 6ª ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953, n° 273 a, p. 271; 293 a, p. 285.

¹⁰ Eduardo Busso (dir.), *Código Civil anotado*, T. III, Obligaciones. El vínculo (arts. 495 a 573), Ediar, Buenos Aires, 1949, coment. de los arts. 515/516, n° 28 ss, ps. 337 ss; n° 114, p. 347.

¹¹ Luis María Rezzonico, *Estudio de las obligaciones en nuestro Derecho Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1964, T. I, p. 388.

¹² Ernesto Cordeiro Álvarez, *Tratado de Derecho Civil*, T. I. Parte general y obligaciones, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 605.

¹³ Jorge J. Llambías, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. II–A, 3ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1982, n° 739, p. 23.

¹⁴ Luis María Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, T. 3, Astrea, 2003, § 853, p. 211.

¹⁵ Pedro N. Cazeaux, en Pedro N. Cazeaux, y Félix A. Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, 2ª ed., T. I, Platense, La Plata, 1979, p. 604; *Derecho de las obligaciones*, 4ª ed. aumentada y actualizada por José M. Cazeaux, T. II, La Ley, Buenos Aires, 2010, n° 552, p. 9.

¹⁶ Guillermo A. Borda, *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones*, T. I, 4ª ed., Perrot, Buenos Aires, n° 375 s., ps. 343 s.

¹⁷ Atilio Alterini, Oscar Ameal y Roberto López Cabana, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, n° 910, p. 402.

¹⁸ Ernesto C. Wayar, *Derecho Civil. Obligaciones*, T. I, Depalma, Buenos Aires, 1990, ps. 118 s.

¹⁹ Marcelo J. López Mesa, *Curso de derecho de las obligaciones*, T. II, Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 77.

²⁰ Cfr. Giorgio Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, trad. de la 2ª ed., Redacción de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, T. I, n° 61, ps. 59 ss. Pietro Bonfante, *Il concetto dell'obbligazione naturale*, en Pietro Bonfante, *Scritti giuridici varii*, T. III, Unione Tipografica Editrice Torinese, Turín, 1926, ps. 30 ss. Giovanni Lomonaco, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, T. I, Eugenio Margheri – Unione Tipografica Editrice Torinese, Nápoles–Turín, 1924, p. 40.

dico es esencial que el acreedor pueda hacerlo cumplir por la fuerza; *si se admite esto, habría que concluir que el gobierno de los Estados Unidos en nuestros días carece de deberes en el ámbito del Derecho Internacional, pues ¿quién puede ejercer coacción sobre dicho órgano de inmenso poder para forzarlo a cumplir sus obligaciones, quién tiene efectivo poder de apremio sobre él?*

Está en lo cierto el hombre común cuando discierne entre lo que se debe por deber de justicia, aunque carezca de coercibilidad y lo que se debe por otra razón (gratitud, caridad, cortesía, hospitalidad, etc.). En el primer caso se trata de algo que pertenece a otro o que éste puede exigir como *suyo* (justicia es “dar a cada uno lo suyo”), y en el segundo caso no. Las obligaciones naturales son deberes morales, pero no son deberes meramente morales, sino deberes jurídicos, pues son deberes de justicia.

Explica Eduardo Busso: “El mejor criterio para precisar el verdadero carácter de una obligación es analizar si ella corresponde a alguno de los grandes principios de *justicia* o si, por el contrario, se funda en imperativos de orden puramente moral. Así por ejemplo quien satisface una obligación prescripta cumple un deber de conciencia referido a un principio de justicia («dar a cada uno lo suyo»), ya que en definitiva da al acreedor *algo que a éste le pertenece*. En cambio, cuando se hace limosna, se da algo que es propio de quien lo da y no de quien lo recibe. Tal acción no podrá ya fundarse en el *suum cuique* sino en un precepto exclusivamente moral, como es el «amaos los unos a los otros»”²¹.

La coercibilidad, aunque es muy importante, no es esencial para que haya obligación jurídica; la coercibilidad es algo accidental y exterior a la obligación. Como explicaba Guillermo Borda, “no hay una diferencia radical, sustancial o de naturaleza entre las obligaciones naturales y las obligaciones civiles”²². La posibilidad de obtener el auxilio de la fuerza pública para el cobro de un crédito no está en la índole, esencia o naturaleza del derecho de crédito, sino que concierne a algo exterior al derecho de crédito, que es la eficacia. Y dentro de la eficacia, es algo que atañe solamente a la ejecutabilidad. Las obligaciones naturales tienen efectos jurídicos (y por ende, tienen cierta eficacia), tienen todos aquellos efectos jurídicos de las obligaciones que no se relacionen con la ejecutabilidad de ellas.

²¹ Eduardo Busso, *Código Civil anotado*, T. III., *cit. supra*, coment. de los arts. 515/516, n° 113, p. 347.

²² Guillermo A. Borda, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, *op. cit. supra*, T. I, n° 376, p.344.

c)Diferencias en las consecuencias jurídicas de las obligaciones naturales y las consecuencias jurídicas de los meros deberes morales

Pueden advertirse al menos una decena de diferencias entre las consecuencias jurídicas de las obligaciones naturales y las de los deberes meramente morales; exponemos seguidamente algunas de ellas ²³.

1) Si el progenitor al hacer partición anticipada de la herencia ha pagado a un hijo una obligación natural dentro de la porción que le ha asignado (v. gr. le ha pagado así una deuda respecto de la cual ya había transcurrido el tiempo de la prescripción), la porción de tal hijo no es pasible de la acción de reducción de parte de los otros herederos si excede la cantidad disponible por el causante; en cambio, tal acción de reducción es procedente cuando el exceso sobre la parte disponible corresponda al cumplimiento de un deber de pura caridad o gratitud o a un acto de pura liberalidad realizado a favor de un hijo.

2) Lo que el causante hubo dado a uno de los herederos está sujeto a colación en la sucesión de aquél; pero esto es así si se dio por gratitud, caridad o cualquier título meramente moral, o por mero espíritu de beneficiar; en cambio, la colación es improcedente si se dio para pagar una obligación natural.

3) Las normas legales tributarias que imponen impuestos a la transmisión gratuita de bienes no son aplicables cuando un bien se entrega en cumplimiento de una obligación natural (excepto que se trate de la obligación natural que resulta de un contrato de donación o de otra especie de acto a título gratuito), pues se trata del pago de una obligación jurídica y no de un acto de beneficencia.

4) El pago de una obligación natural no puede ser revocado en caso de ingratitud del que lo recibe, como en cambio sucede con las donaciones, las cuales pueden ser revocadas por el donante en caso de ingratitud del donatario, o sea cuando el donatario hubo atentado contra la vida del donante o le ha inferido injurias graves en su persona o en su honor o le ha rehusado alimentos (art. 1858 ss. C.C.; arts. 1569 y 1571 ss. del Proyecto).

Las diferencias entre los diversos efectos jurídicos de las obligaciones naturales y de los meros deberes morales que hemos mencionado hasta aquí han sido señalados por la doctrina argentina desde siempre²⁴.

²³ Mencionamos otras diez diferencias entre los efectos jurídicos de las obligaciones naturales y los de los meros deberes morales en el artículo *Obligaciones naturales y deberes puramente morales*, La Ley, Buenos Aires, 27/6/2012, ps. 7 s.; tomo 2012-D, ps. 822 ss.

²⁴ Así por ej. en Colmo, *De las obligaciones en general*, op. cit. supra, n° 84, p. 65; Busso, *Código Civil anotado*, T. III, cit. supra, comentario de los arts. 515/6, n° 33, p. 337; n° 362 y 366, p. 377; Borda, *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones*, op. cit. supra, T. I, n° 378, p. 346; Cazeaux, *Derecho de las obligaciones*, 2ª ed., op. cit. supra, T. I, p. 604.

d) Contradicciones en el Proyecto acerca de este punto

El Proyecto, contradiciendo el concepto de obligación que el mismo expresa y que hemos objetado *supra* y contradiciendo la doctrina que afirma en el texto intitulado “Fundamentos”, reconoce la validez de la cláusula penal que se estipule “para asegurar el cumplimiento de *una obligación* que al tiempo de concertar la accesoria no podría exigirse judicialmente, siempre que no sea reprobada por la ley” (art. 803). Vemos que aquí los autores del Proyecto denominan “obligación” al deber de pagar que no puede exigirse judicialmente, o sea la “obligación natural”. Y también lo hace en la rúbrica de este artículo, pues dice “*Obligación* no exigible”. Además. el mismo Proyecto, en la regulación de los contratos de juego, dispone: “No hay acción para exigir el cumplimiento de la prestación prometida en un juego de puro azar, esté o no prohibido por la autoridad local. Si no está prohibido, *lo pagado* es irrepetible [...]” (art. 1611). Se habla aquí de “pago” de la prestación prometida, con lo cual se reconoce la calidad de obligación de la deuda de juego desprovista de acción para obtener su cumplimiento de modo coactivo, que es uno de los casos de “obligación natural”.

17) NO HAY REGLA SOBRE EL LUGAR DE PAGO EN LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS DE CUMPLIMIENTO SIMULTÁNEO

Texto del Proyecto:

Art. 874 – **Lugar de pago no designado.** Si nada se ha indicado, el lugar de pago es el domicilio del deudor al tiempo del nacimiento de la obligación. Si el deudor se muda, el acreedor tiene derecho a exigir el pago en el domicilio actual o en el anterior. Igual opción corresponde al deudor, cuando el lugar de pago sea el domicilio del acreedor.

Esta regla no se aplica a las obligaciones:

a) de dar cosa cierta; en este caso, el lugar de pago es donde la cosa se encuentra habitualmente;

b) de obligaciones bilaterales de cumplimiento simultáneo; en este supuesto, lugar de pago es *donde debe cumplirse la prestación principal*.

Modificación propuesta:

Sustituir el inciso b) del art. 874 por el texto siguiente:

Si el pago consistiese en una suma de dinero, como precio de alguna cosa enajenada por el acreedor, *debe ser hecho en el lugar de la tradición de la cosa, no habiendo lugar designado, salvo si el pago del precio se hubiese convenido a plazos*.

Fundamento

¿Qué significa la expresión “obligaciones bilaterales” que aparece en el inciso b) del art. 874 del Proyecto? En el léxico jurídico hay “contratos bilaterales”; el Código Civil actual utiliza esta expresión allí donde discierne las clases de contratos (art. 1138); el Proyecto también emplea la locución “contrato bilateral” varias veces (arts. 1081, 1087, 966 –donde la define– y 1031). Conforme a los textos de dichos artículos hay que entender que en el art. 874 del Proyecto con la expresión inadecuada “obligaciones bilaterales” se quiso decir “obligaciones de un «contrato bilateral»”, que son las “obligaciones recíprocas”. Bien expresa el art. 966 del mismo Proyecto: “Los contratos son bilaterales cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra”. En un contrato bilateral, las prestaciones se denominan “recíprocas” (y así las denomina el Proyecto, en el art. 2236 –“contrato con prestaciones recíprocas”–).

Una obligación es “principal” cuando hay otra que es “accesoria”. El Proyecto define la “obligación principal” y la “obligación accesoria” en el art. 856. Pero en el caso de “obligaciones bilaterales de cumplimiento simultáneo” –como allí se dice–, o sea las obligaciones recíprocas de un contrato bilateral, que además deban cumplirse simultáneamente, *ambas obligaciones recíprocas son principales*, por ej. en

las obligaciones recíprocas que surgen del contrato de compraventa, tan principal es la obligación del vendedor de entregar la cosa en propiedad, como la obligación del comprador de pagar el precio. Por tanto, no puede entenderse qué quiere decir el inc. b) del art. 874 cuando dice “donde debe cumplirse la prestación principal” como indicación del lugar de pago. En conclusión, en el Proyecto no hay regla que determine cuál es el lugar de pago para el caso de las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo.

El art. 749 del actual Código Civil dispone claramente: “Si el pago consistiese en una suma de dinero, como precio de alguna cosa enajenada por el acreedor, debe ser hecho en el lugar de la tradición de la cosa, no habiendo lugar designado, salvo si el pago fuese a plazos”. Conviene incorporar este texto en reemplazo del texto objetado.

18) INJUSTO RÉGIMEN DE CONSTITUCIÓN EN MORA EN LAS OBLIGACIONES DE PLAZO DETERMINADO INCIERTO

Texto del Proyecto:

Art. 887 – **Excepciones al principio de la mora automática.** La regla de la mora automática no rige respecto de las obligaciones:

a) sujetas a plazo tácito; si el plazo no está expresamente determinado, pero resulta tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, en la fecha que conforme a los usos y a la buena fe, debe cumplirse;

b) sujetas a plazo indeterminado propiamente dicho; si no hay plazo, el juez a pedido de parte, lo debe fijar mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor queda constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación.

En caso de duda respecto a si el plazo es tácito o indeterminado propiamente dicho, se considera que es tácito.

Modificación propuesta:

Agregar el inciso siguiente al art. 887:

“c) sujetas a plazo determinado incierto; en caso de que el deudor ignore el acaecimiento del hecho que constituye el cumplimiento del plazo, y no esté obligado a conocerlo, el acreedor tiene que informar al deudor que ha sucedido el hecho para que éste quede constituido en mora”.

Fundamento

Es objetable el régimen del Proyecto en materia de obligaciones sujetas a plazo determinado pero incierto, como es por ej. la deuda que debe pagarse cuando fallezca tal persona.

El art. 871 del Proyecto, en el capítulo del pago, expresa: “El pago debe hacerse [...] b) si hay plazo determinado, cierto o incierto, el día de su vencimiento”. Esto es correcto; pero ¿desde qué momento el deudor incurre en mora, en los casos en que el plazo es determinado incierto, el hecho que importa el cumplimiento del plazo sea desconocido para el deudor, y éste no tenga el deber de conocer el día en que suceda tal hecho?

Dispone el Proyecto en examen, en su art. 886 en la sección intitulada Mora: “La mora del deudor se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para su cumplimiento”. Y el artículo siguiente, con la rúbrica *Excepciones al principio de la mora automática*, dispone que la mora automática no rige respecto de las obligaciones sujetas a “plazo tácito” y de las que están sujetas a “plazo indeterminado propiamente

dicho”, y expresa las reglas para la constitución en mora del deudor en cada uno de tales supuestos. Por tanto, no menciona entre las excepciones los casos de plazo determinado incierto en que el acaecimiento del hecho incierto que marca el cumplimiento del plazo sea desconocido por el deudor y éste no tenga el deber de conocerlo.

Cuando el plazo de la obligación sea un hecho que no se sabe cuándo sucederá, después tal hecho sucede, pero el deudor lo ignora y además no tenía posibilidad razonable de conocerlo ni obligación de conocerlo, lo justo es que la mora no sea automática, sino que la mora comience a correr después que el acreedor le informe o notifique al deudor que el hecho ha ocurrido. En caso contrario, se estaría exigiendo al deudor, en todos los casos, que cada día se informe si el hecho ha sucedido o no, lo cual en muchos casos es excesivo.

Es necesario que la ley prevea este anoticiamiento que debe hacer el acreedor al deudor como requisito para el estado de mora –en los casos de plazo determinado incierto en que el deudor ignore el hecho y además no tenga obligación de conocerlo–. Puede ser que si se aprueba el Proyecto sin agregar esto algunos jueces hagan interpretación restrictiva de la norma del art. 886, con fundamento en el principio general de la buena fe o con otros argumentos, de modo de excluir de la mora automática la situación que consideramos; pero seguramente también sucederá que otros jueces no harán tal interpretación restrictiva, en aplicación de la regla hermenéutica “donde la ley no distingue no debemos distinguir”, y el resultado será injusto.

19) SE HAN OMITIDO LAS NORMAS PARA EL PAGO POR CONSIGNACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE DAR COSA CIERTA

Texto del Proyecto:

Art. 906 – **Forma.** El pago por consignación se rige por las siguientes reglas:

a) si la prestación consiste en una suma de dinero, se requiere su depósito a la orden del juez interviniente, en el banco que dispongan las normas procesales;

b) si se debe una cosa indeterminada a elección del acreedor y éste es moroso en practicar la elección, una vez vencido el término del emplazamiento judicial hecho al acreedor, el juez autoriza al deudor a realizarla;

c) si las cosas debidas no pueden ser conservadas o su custodia origina gastos excesivos, el juez puede autorizar la venta en subasta, y ordenar el depósito del precio que se obtenga.

Modificación propuesta:

Añadir en el art. 906 los textos siguientes:

b) si la prestación consiste en una cosa cierta, que deba ser entregada en el lugar en que se encuentre, el deudor deberá hacer intimación judicial al acreedor para que la reciba, y desde entonces la intimación surte todos los efectos del pago por consignación; si el acreedor no la recibe, la cosa debida puede ser depositada en otra parte con autorización judicial.

c) si la prestación consiste en una cosa cierta, que se halla en lugar distinto de aquel en que deba ser entregada, es a cargo del deudor transportarla adonde debe ser entregada y deberá hacer la intimación al acreedor para que la reciba.

Enumerar como inciso d) el inciso b) del art. 906; enumerar como inciso e) el inciso c) del art. 906.

Fundamento

El art. 906 del Proyecto, en sus diversos incisos, regula el pago por consignación de las obligaciones dinerarias (inc. a), de las obligaciones de dar cosas indeterminadas –que comprende las que en el actual Código Civil se denominan “obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles” y las que allí se denominan “obligaciones de cantidad” – (inc. b) y el supuesto especial en que el objeto de la obligación se constituye de cosas precederas (inc. c).

Pero no contiene reglas para el pago por consignación de dar cosa cierta, sea mueble, sea inmueble (¡¡!!). El Código Civil vigente, en cambio, prevé el pago por consignación de esta clase de obligaciones, en los arts. 764 y 765. Proponemos in-

corporar las reglas respectivas del actual Código Civil, que sin duda los autores del proyecto omitieron involuntariamente.

20) INCONGRUENCIA EN EL RÉGIMEN DE PAGO DE LOS GASTOS EN EL PAGO POR CONSIGNACIÓN EFECTUADO EN ESCRIBANÍA PÚBLICA

Texto del Proyecto:

Art. 911 – **Derechos del acreedor.** Una vez notificado del depósito, dentro del quinto día hábil de notificado, el acreedor tiene derecho a:

a) aceptar el procedimiento y retirar el depósito, estando a cargo del deudor el pago de los gastos y honorarios del escribano;

b) *rechazar el procedimiento y retirar el depósito, estando a cargo del acreedor el pago de los gastos y honorarios del escribano;*

c) rechazar el procedimiento y el depósito, o no expedirse. En ambos casos el deudor puede disponer de la suma depositada para consignarla judicialmente.

Modificación propuesta:

En el art. 911 inc. b) reemplazar el término “acreedor” por el término “deudor”.

Fundamento

La regla del art. 911 inc. b) del Proyecto es injusta. Es injusto que si el acreedor rechaza el procedimiento y retira el depósito, él tenga que abonar los gastos, dado que en tal supuesto es probable que la consignación sea improcedente, o el pago no cumpla con los requisitos necesarios para tener efecto liberatorio (por ej. porque no es íntegro), y que alguno de ellos o ambos sean los motivos por los cuales el acreedor ha rechazado el procedimiento. Así como en el pago por consignación por vía judicial el accionante, o sea el deudor que hace el pago por consignación, adelanta la tasa de justicia y demás gastos del procedimiento, cuyo reintegro podrá exigir si la sentencia resuelve que el pago por consignación fue procedente y adecuado en su cantidad, etc., así también en este modo extrajudicial de hacer el pago por consignación (en una notaría) lo que corresponde es que el deudor pague inicialmente los gastos y los honorarios del escribano.

Además, la regla que objetamos (art. 911 inc. b) es incongruente con la regla que se expresa en el inciso anterior del mismo artículo: “Una vez notificado el depósito, dentro del quinto día hábil de notificado, el acreedor tiene derecho a: a) aceptar el procedimiento y retirar el depósito, *estando a cargo del deudor el pago de los gastos y honorarios del escribano*”. Si en este supuesto en que el acreedor está de acuerdo en que el deudor tenía razón, o sea, que fue correcto que recurriera a la consignación y además está de acuerdo en que pagó bien, la norma manda que el deudor pague los gastos, ¿cómo puede ser que en el caso de que el acreedor cuestione que sea correcta la conducta del deudor, y probablemente no lo sea, el acreedor deba pagar los gastos?

21) PLAZO DE CADUCIDAD EXCESIVAMENTE BREVE DEL DERECHO DEL ACREEDOR DISCONFORME CON EL IMPORTE DE LA CONSIGNACIÓN EXTRAJUDICIAL EFECTUADA POR EL DEUDOR

Texto del Proyecto:

Art. 912 – **Derechos del acreedor que retira el depósito.** Si el acreedor retira lo depositado y rechaza el pago, puede reclamar judicialmente un importe mayor o considerarlo insuficiente o exigir la repetición de lo pagado por gastos y honorarios por considerar que no se encontraba en mora, o ambas cosas. En el recibo debe hacer reserva de su derecho, caso contrario se considera que el pago es liberatorio desde el día del depósito. Para demandar tiene un *término de caducidad de treinta (30) días* computados a partir del recibo con reserva.

Modificación propuesta:

En la parte final del art. 912, reemplazar la locución “treinta (30) días” por “*noventa (90) días*”.

Fundamento

En el pago por consignación efectuado en escribanía pública, para el caso de que el acreedor retire el depósito consignado por el deudor pero rechace el pago, o sea, exprese que el deudor aún no ha cancelado su obligación, el art. 912 del Proyecto fija un plazo de caducidad de *treinta días* para el derecho del acreedor de demandar en juicio la suma restante que pretenda. Dado que se trata de 30 días corridos (por aplicación del art. 6° del Proyecto), ello importa 20 días hábiles judiciales aproximadamente, lo cual resulta un plazo muy insuficiente.

22) NO EXISTE REGLA SOBRE LA DIVISIBILIDAD O LA INDIVISIBILIDAD DE LA CONDICIÓN

Texto del Proyecto:

Art. 343 – **Alcance y especies.** Se denomina condición a la cláusula de los actos jurídicos por la cual las partes subordinan su plena eficacia o resolución a un hecho futuro e incierto.

Las disposiciones de este capítulo son aplicables, en cuanto fueran compatibles, a la cláusula por la cual las partes sujetan la adquisición o extinción de un derecho a hechos presentes o pasados ignorados.

Modificación propuesta:

Agregar al art. 343 el párrafo siguiente: “El cumplimiento de la condición es indivisible, aunque el objeto de la condición sea una cosa divisible. Cumplida en parte la condición, no hace nacer en parte la obligación”.

Fundamento

Si el hecho condicionante se cumple, la obligación es eficaz; si el hecho condicionante no se cumple, la obligación carece de eficacia. ¿Qué consecuencia jurídica resulta en el caso de que el hecho que se puso como condición de una obligación se cumpla *parcialmente*? Asimismo se suscita la siguiente cuestión, que en realidad es un caso particular de la anterior: Si en una obligación condicional la condición es un hecho que puede realizar el acreedor, éste fallece y uno de sus dos herederos realiza la mitad de dicho hecho condicionante, ¿tiene derecho de exigir su parte del crédito?

El Código Civil vigente prevé este supuesto y contiene la regla correspondiente: Si la condición (o sea el hecho condicionante) no se cumple totalmente, no hay obligación, como lo establecía el Digesto y lo sostenía Pothier²⁵. Dispone el art. 535: “El cumplimiento de las condiciones es indivisible, aunque el objeto de la condición sea una cosa divisible. Cumplida en parte la condición, no hace nacer en parte la obligación”.

Pero el Proyecto en examen no incluye una norma semejante en los escasos siete artículos que dedica a regular la condición (arts. 343 a 349). Y tampoco contiene una norma distinta. El supuesto está ausente en el Código proyectado.

Si se aprueba el Proyecto con este vacío legal ello sin duda generará inseguridad jurídica en la situación referida. Pues hay un argumento plausible para concluir que el cumplimiento parcial no hace nacer la obligación: las partes quisieron que si sucediere X habría obligación, si ha sucedido la mitad de X, no ha sucedido X y por tanto no hay obligación; pero también hay argumentos admisibles para estimar que

²⁵ La fuente inmediata de la regla fue el Proyecto de Freitas, T. I, p. 282, art. 627.

el cumplimiento parcial de la condición hace nacer parte de la obligación. Pues al juzgador le puede parecer equitativo que se otorgue una eficacia intermedia si la condición ni se ha cumplido íntegramente, ni ha faltado íntegramente. Además, para concluir este criterio se podría razonar por analogía a partir de varias reglas del Proyecto que establecen, en el caso de que se cumpla parcialmente el supuesto de una norma jurídica, que se generan en parte los efectos de dicha norma jurídica, como se muestra seguidamente.

El art. 798 (de la sección sobre la cláusula penal) expresa: “Si el deudor cumple *sólo una parte* de la obligación, o la cumple de un modo irregular, o fuera del lugar o del tiempo a que se obligó, y el acreedor la acepta, la pena disminuye *proporcionalmente*”.

Y el art. 1285, del régimen del contrato de transporte, establece que el transportista “pierde una parte del flete *proporcional* al retraso” en que incurra en el traslado de personas o cosas.

El art. 804, acerca de las astreintes, dispone que ellas “pueden ser dejadas sin efecto o *reajustadas* si aquél [el sancionado] desiste de su resistencia y justifica total o *parcialmente* su proceder”.

El art. 1083 dispone que si uno de los contratantes incurre en incumplimiento *parcial*, el otro tiene derecho de resolver *parcialmente* el contrato.

El art. 1557 expresa: “La responsabilidad por la evicción obliga al donante a indemnizar al donatario los gastos en que éste ha incurrido por causa de la donación [...] Cuando la evicción es *parcial*, el resarcimiento se reduce *proporcionalmente*”.

Y en pro de la eficacia parcial de la obligación en caso de cumplimiento parcial de ella también podría razonarse que si el régimen del Código de Vélez negaba toda eficacia a la obligación y los autores del nuevo Código no conservaron esa regla es porque quisieron la solución contraria.

En suma, en el Proyecto hay una laguna en este punto; la solución que niega la existencia de la obligación en el caso se ve como la más conforme a la voluntad de las partes, pero también hay razones que pueden esgrimirse en pro de la solución contraria, de modo que se genera incertidumbre.

23) OBLIGACIÓN DE RESTITUIR DEL POSEEDOR DE MALA FE. RÉGIMEN DE LAS MEJORAS (CONTRADICCIÓN)

Texto del Proyecto:

Art. 1938 – **Indemnización y pago de mejoras.** Ningún sujeto de relación de poder puede reclamar indemnización por las mejoras de mero mantenimiento ni por las suntuarias. Estas últimas pueden ser retiradas si al hacerlo no se daña la cosa. Todo sujeto de una relación de poder puede reclamar el costo de las mejoras necesarias, excepto que se hayan originado por su culpa si es de mala fe. *Puede asimismo reclamar el pago de las mejoras útiles pero sólo hasta el mayor valor adquirido por la cosa.* Los acrecentamientos originados por hechos de la naturaleza en ningún caso son indemnizables.

Modificación propuesta:

Reemplazar el enunciado “Puede asimismo reclamar el pago de las mejoras útiles pero sólo hasta el mayor valor adquirido por la cosa” por el enunciado siguiente: *“El poseedor de mala fe no tiene derecho a reclamar el pago de las mejoras útiles”.*

Fundamento

Es incoherente que el locatario que hizo mejoras útiles en la cosa carezca del derecho de cobrarlas, incluso si estaba autorizado a hacerlas (art. 1211 del Proyecto) y que el poseedor de mala fe (por ej. el ladrón de cosa mueble o el usurpador del inmueble) tenga derecho de cobrar las mejoras útiles “hasta el mayor valor adquirido por la cosa” (art. 1938 del Proyecto).

24) CONTRADICCIÓN EN LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA MUERTE DEL OFERENTE

Textos del Proyecto:

Art. 976, 1º párr. – La oferta caduca cuando el proponente o el destinatario fallecen o se incapacitan, antes de la recepción de su aceptación.

Art. 974, últ. párr. – El oferente, y en su caso sus herederos, están obligados a mantener la oferta durante el tiempo de su vigencia, a menos que, siendo revocable, la retracten.

Modificación propuesta:

Debe suprimirse el art. 976, 1º párr., o debe suprimirse la frase “*y en su caso los herederos*” del art. 974, últ. párr.

Fundamento

El art. 974 dispone lo contrario de lo que preceptúa el art. 976: el segundo dispone que los herederos del oferente quedan vinculados por la oferta aún no aceptada; pero el primero dice que la oferta caduca si muere el ofertante antes de la aceptación, de lo cual resulta que los herederos no quedan vinculados por la oferta aún no aceptada.

Obviamente es necesario suprimir una de tales reglas que son contradictorias entre sí.

25) FALTA EL REQUISITO DE LEGIBILIDAD DE LAS CLÁUSULAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN

Texto del Proyecto:

Art. 985 – **Requisitos.** Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes.

La redacción debe ser clara, completa y fácilmente inteligible.

Se tienen por no convenidas aquéllas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.

La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica o electrónica, o similares.

Propuestas de modificación

A) Agregar al 2º párr. del art. 985 la siguiente oración:

“El texto debe ser fácilmente visible y legible”.

B) Sustituir en la rúbrica el término “Requisitos” por la frase “Requisitos de validez”.

Fundamento

A) En el art. 985 se mencionan varios requisitos que deben tener las “cláusulas generales predispuestas” de los contratos celebrados por adhesión. Pero se ha omitido la mención de un requisito importante: que las cláusulas *sean fácilmente legibles*. Puede suceder que unas reglas de un texto contractual sean “fácilmente inteligibles” pero “difícilmente legibles”, por el tamaño de los caracteres, o por la falta de contraste entre el texto y el fondo (v. gr. letras blancas sobre fondo amarillo claro, o letras negras sobre fondo azul oscuro). Asimismo, puede ser que las cláusulas sean “fácilmente inteligibles” pero “difícilmente visibles”, o por la posición en que se hallen (por ej. cláusulas en posición vertical, mientras que la mayor parte del clausulado se halla en posición horizontal y con caracteres más grandes).

B) Además, conviene que se diga “Requisitos de validez” en lugar de “Requisitos” a secas en el epígrafe del art. 985, pues en dicho artículo no se dice que sean inválidas las cláusulas que no cumplan con las exigencias mencionadas en los dos primeros párrafos del artículo, por lo cual podría interpretarse que es un deber jurídico que las cláusulas se redacten con las características que allí se indican, sin que la falta de tales requisitos acarree la invalidez.

26) PLAZO EXIGUO DE VIGENCIA DE LOS CONTRATOS PRELIMINARES

Texto del Proyecto:

Art. 994 – **Disposiciones generales.** Los contratos preliminares deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo.

El plazo de vigencia de las promesas previstas en esta Sección es de un (1) año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento.

Modificación propuesta:

Eliminar el segundo párrafo del art. 994.

Fundamento

Para justificar la enmienda que proponemos, nos remitimos a las razones expuestas en la ponencia de Juan Manuel Cafferata en la Audiencia Pública realizada en Córdoba por la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial ²⁶: “Esta norma [del art. 994, 2º párr.] establece que un contrato preliminar no puede tener un plazo de duración mayor a un año. Es una norma imperativa, lo que significa que no puede ser modificada por la voluntad de las partes. *El contrato preliminar más importante en nuestro país, es indiscutiblemente el boleto privado de compraventa de inmuebles*, instrumento de trascendencia incalculable en la práctica diaria de los negocios sobre bienes raíces.

Incorporar una norma que introduzca un plazo de duración de un año para los contratos preliminares, importaría lo mismo que establecer un plazo de duración máximo de un año para los boletos privados de compraventa, lo que pondría en peligro a los adquirentes por la excesivamente breve duración de sus boletos, que quedarían sin efecto en el plazo de un año de haber sido suscriptos. Tampoco queda claro qué sucedería si se pagara el pago del precio en plazos periódicos, lo que es común, y estos plazos superaran el año, ¿caducaría el boleto? Una norma de esta clase provocaría una avalancha innecesaria de juicios de escrituración, y una situación de inseguridad jurídica inadmisibles para un instrumento tan básico para la práctica como es el boleto; por tanto debe eliminarse este plazo de duración”.

²⁶ Juan Manuel Cafferata, *Aportes para el tratamiento de algunas normas en materia contractual del Proyecto de reforma del Código Civil. Análisis crítico*, ponencia en la Audiencia mencionada, 4/10/2012.

27) REGULACIÓN DEFECTUOSA DE LA MORA EN LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS, QUE EXCLUYE LA “EXCEPTIO NON ADMIPLETI CONTRACTUS” PARA EL CASO DE QUE LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS NO SEAN SIMULTÁNEAS Y PARA LOS CASOS DE OBLIGACIONES RECÍPROCAS QUE NO TENGAN POR OBJETO CONTRAPRESTACIONES CONTRACTUALES

Texto del Proyecto:

Art. 1031 – **Suspensión del cumplimiento.** En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción. Si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación.

Modificación propuesta:

A) Añadir al artículo la expresión “o sucesivamente”, de modo que quede así:

Art. 1031: En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultánea *o sucesivamente*, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La excepción puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción. Si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación.

B) Añadir al art. 888 el párrafo siguiente: “*En las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir su obligación*”.

Fundamento

A) Dispone el actual Código Civil en el art. 510: “En las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva”. En el régimen de los contratos en general, prescribe el art. 1201 del actual Código Civil: “En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo”.

Las reglas de los arts. 510 C. C. y 1201 C.C. reposan en un fundamento evidente de justicia y no han sido objetadas por ningún tratadista de la materia.

El Proyecto, en cambio, carece de una regla semejante, pues reconoce la facultad de abstenerse de cumplir la prestación en caso de incumplimiento de la otra parte, solamente para el caso de que ambos contratantes deban cumplir *simultáneamente*

su obligación. No hay razón para quitar esta facultad al contratante no incumplidor en los casos en que su prestación deba cumplirse *después* del vencimiento de la prestación del incumplidor.

En caso de aprobarse el nuevo Código proyectado con la regla del art. 1031, se suscitará inseguridad jurídica. Muchos dirán que rige la misma norma del art. 510 del Código anterior, por aplicación del principio general de la buena fe en la interpretación y ejecución de los contratos (que el Proyecto ha receptado en su art. 9º, para el ejercicio de los derechos en general: “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”; en el art. 729 para las obligaciones en general: “deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe”; y en el art. 1061: “El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de buena fe”). Pero posiblemente otros interpretarán que, dado que el art. 1031 reconoce la excepción de contrato no cumplido solamente en el caso de obligaciones que deban cumplirse *simultáneamente*, cuando ello no sea así, no es posible prevalerse de dicha excepción. En pro de esta segunda interpretación también se podrá argumentar precisamente a partir del hecho de que en el Código nuevo se suprime la regla del Código actual, con el siguiente razonamiento: Si no se quiso conservar la norma del actual art. 510 C.C. y se modificó la regla del actual art. 1201 C.C. con la adición del adverbio “simultáneamente”, es porque no se quiso la solución que ellas expresan.

B) Además de la modificación indicada en el art. 1031 del Proyecto para los contratos bilaterales, es necesario que en el nuevo Código que se instituya, un artículo equivalente al art. 510 del actual Código Civil, porque la regla que faculta a abstenerse de cumplir la prestación en el caso de obligaciones recíprocas es procedente no sólo en el ámbito del cumplimiento de los contratos bilaterales, sino también en los demás supuestos de “obligaciones recíprocas”. Mencionamos algunos ejemplos: las obligaciones que tienen las partes, en caso de haberse anulado un contrato, de restituirse lo que cada una de ellas haya recibido por causa de dicho contrato (art. 390 del Proyecto) son obligaciones recíprocas, la obligación del menor de remunerar el desempeño del tutor (art. 128 del Proyecto), es obligación recíproca en relación con las obligaciones de éste de entregar al menor bienes muebles o inmuebles que ha administrado.

28) REQUISITO DE CULPA DEL ENAJENANTE EN LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS POR EVICCIÓN

Texto del Proyecto:

Art. 1040 – **Responsabilidad por daños.** El acreedor de la obligación de saneamiento también tiene derecho a la reparación de los daños en los casos previstos en el artículo anterior, excepto: [...]

b) *si el enajenante no conoció, ni pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios; [...]*”.

Modificación propuesta:

Eliminar el inciso b) del art. 1040.

Fundamento

Los arts. 1039 y 1040 del Proyecto contienen reglas generales acerca de lo que puede reclamar el adquirente en caso de evicción y en caso de vicios ocultos.

Sustituye el actual régimen jurídico argentino, en que la responsabilidad por perjuicios en el caso de evicción es una “responsabilidad objetiva” (arts. 2089 y siguientes del Código Civil) por una responsabilidad por culpa. El régimen correcto es la responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa, pues se funda en la garantía implícita que otorga el trasmitente, conforme a la intención normal de las partes.

Ha señalado esta deficiencia del Proyecto el profesor Guillermo Tinti en su ponencia en la Audiencia Pública realizada en Córdoba²⁷.

Cuando en las legislaciones aún no se había extendido la responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa con la dimensión que tiene en nuestros días, sin embargo ya se reconocía la responsabilidad sin culpa del trasmitente en el caso de evicción. Jean Domat, el primer sistematizador integral del Derecho Civil y pionero de los codificadores contemporáneos, escribió en el siglo XVII: *"Aun cuando no haya ninguna culpa de parte de aquél a quien se le demanda un resarcimiento, ello no siempre basta para eximirlo. Pues hay casos en que se deben pagar daños y perjuicios, sin que haya habido ninguna culpa [...] Así, aquél que hubiese vendido de buena fe una cosa que había creído suya, está obligado a hacer cesar la demanda de aquél que se pretendiese dueño, y si no lo hace, debe pagar los daños y perjuicios de la evicción, aunque no hubiese de su parte, ni mala fe, ni ninguna otra especie de falta"* (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, P. I, L. III, tít. V, sec. II, n° 10).

²⁷ Cfr. Guillermo Tinti, *Observaciones a la sección 4 del capítulo 9 del Libro III*, ponencia en la Audiencia Pública de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial, Córdoba, 4/10/2012.

Art. 1039 – **Responsabilidad por saneamiento.** El acreedor de la obligación de saneamiento tiene derecho a optar entre:

- a) reclamar el saneamiento del título o la subsanación de los vicios;
- b) reclamar un bien equivalente, si es fungible;
- c) declarar la resolución del contrato, excepto en los casos previstos por los artículos 1050 y 1057.

Art. 1049 – **Régimen de las acciones.** El acreedor de la responsabilidad dispone del derecho a declarar la resolución:

- a) si los defectos en el título afectan el valor del bien a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no lo habría adquirido, o su contraprestación habría sido significativamente menor;
- b) si una sentencia o un laudo produce la evicción.

1056 – **Régimen de las acciones.** El acreedor de la garantía dispone del derecho a declarar la resolución del contrato:

- a) si se trata de un vicio redhibitorio;
- b) si medió una ampliación convencional de la garantía.

Propuesta de modificación

En el primer enunciado del art. 1056 agregar luego de la expresión “resolución del contrato” la expresión siguiente: “*o a exigir la disminución proporcional del precio*”.

Fundamento

No se ha previsto aquí, ni en toda la sección dedicada al régimen de saneamiento por evicción y por vicios (arts. 1033 a 1058), la acción estimatoria o *quanti minoris* para el acreedor de la obligación de saneamiento.

En cambio, el actual Código Civil dispone en el art. 2174: “... el comprador tiene la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato, volviendo la cosa al vendedor, restituyéndole éste el precio pagado, *o la acción para que se baje del precio el menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio*”.

La acción *quanti minoris* corresponde a un legítimo interés del adquirente de la cosa; a menudo es la consecuencia jurídica que lo deja en la situación más próxima a la que las partes acordaron al celebrar el contrato. ¿Por qué se ha suprimido el dere-

cho del adquirente a la disminución del precio? No se da ninguna explicación de esto en el texto intitulado *Fundamentos* que acompaña el Proyecto.

29) INJUSTA LIBERACIÓN DEL ENAJENANTE DE SU RESPONSABILIDAD POR EVICCIÓN

Texto del Proyecto:

Art. 1047 – **Gastos de defensa.** El garante debe pagar al adquirente los gastos que éste ha afrontado para la defensa de sus derechos. Sin embargo, el adquirente no puede cobrarlos, *ni efectuar ningún otro reclamo* si:

- a) no citó al garante al proceso;
- b) citó al garante, y aunque éste se allanó, continuó con la defensa y fue vencido.

Modificación propuesta:

Reemplazar el texto del art. 1047 por el siguiente:

Art. 1047 – **Gastos de defensa.** El garante debe pagar al adquirente los gastos que éste ha afrontado para la defensa de sus derechos. Sin embargo, el adquirente no puede cobrarlos, si citó al garante, y aunque éste se allanó continuó con la defensa y fue vencido.

Si el adquirente no citó al garante al proceso, carece del derecho de cobrar los gastos de la defensa y de efectuar cualquier otro reclamo.

Fundamento

En el art. 1047 del Proyecto, en caso de evicción, el enajenante se libera de su obligación de pagar los gastos del juicio y *también se lo libera de la responsabilidad por evicción*, si el adquirente insistió en la defensa contra el allanamiento del enajenante. Es razonable que en tal caso el enajenante no deba pagar los gastos del juicio, pero es injusto que se lo libere de la responsabilidad por la evicción. Además, se vulnera el derecho de defensa del adquirente, pues se pone a éste en la disyuntiva de defenderse en juicio (corriendo el riesgo de perder la garantía por evicción) o no defenderse y recurrir exclusivamente a la indemnización prevista para la garantía por evicción, perdiendo por tanto la posibilidad de quedarse con la cosa que le fue transmitida²⁸.

²⁸ Ha señalado este error Héctor Martín Ayala, *Ponencia sobre la reforma y unificación de los códigos civil y comercial. Libro Tercero “Derechos Personales”*, en la Audiencia Pública de la

30) EFECTOS DE LA SEÑA

Texto del Proyecto:

Art. 1059 – **Disposiciones generales.** La entrega de señal o arras *se interpreta como confirmatoria del acto*, excepto que las partes convengan la facultad de arrepentirse; en tal caso, quien entregó la señal la pierde en beneficio de la otra, y quien la recibió, debe restituirla doblada.

Modificación propuesta:

Corregir el texto del art. 1059 de modo que quede como sigue:

Art. 1059 – **Disposiciones generales.** La entrega de señal o arras se interpreta como confirmatoria del acto, excepto:

- a) *en los contratos de compraventa de inmueble y de locación de inmueble;*
- b) que las partes convengan la facultad de arrepentirse; en tal caso, quien entregó la señal la pierde en beneficio de la otra, y quien la recibió, debe restituirla doblada.

Fundamento

La “señal” o “arras”, conocida comúnmente como “seña”, tanto en el habla vulgar como en el léxico mercantil, tiene actualmente un régimen diferente en el Derecho Civil y en el Derecho Comercial: en el primero, faculta a cada una de las partes a arrepentirse del contrato, perdiendo el importe de la seña a favor de la otra parte (art. 1202 C.C.); en el segundo tiene valor confirmatorio del contrato, sin que ninguna de las partes pueda retractarse y lo pagado en concepto de seña se tiene como pago de parte del precio (art. 475 C. de C. para la compraventa de mercadería, extendido por analogía a los demás negocios mercantiles).

Por consiguiente, en la compraventa inmobiliaria y la locación de inmueble, que son contratos regidos por el Código Civil actual, y en los cuales es muy frecuente el uso de la seña, ésta importa la facultad de cualquiera de las partes de desistir del contrato, salvo que estipulen lo contrario. La práctica de la gente se ha conformado a este régimen legal.

La norma del Proyecto cambia los efectos de la seña o arras en las dos especies referidas de contrato, pues si no hay pacto en contrario le atribuye, en toda clase de contrato, efecto confirmatorio del acto y por ende lo dado con la denominación de seña es parte de pago del precio de un contrato definitivamente vinculante para ambas partes. Esta reforma del régimen de la seña generará consecuencias contrarias a la real voluntad de las partes. Muchos compradores, vendedores, locadores y locatarios de cosas inmuebles entregarán y recibirán importes “en concepto de seña”, con la idea de que no quedan definitivamente comprometidos a pagar todo el precio (en el caso del comprador o el locatario) o a dar la cosa en propiedad o para su uso (el

vendedor y el locador), y que pensarán de buena fe que tienen la facultad de arrepentirse y desligarse del contrato, y que todo el compromiso jurídico que contraen y todo el riesgo que asumen se limita al importe de la señal.

Y así el nuevo régimen jurídico, sorprenderá a los contratantes, a veces de modo perjudicial.

La regla del art. 1059, si se aprueba sin enmienda, producirá muchas veces resultados contrarios al principio que sienta un artículo muy próximo del mismo Proyecto, el art. 1061: “El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de buena fe”, en los negocios jurídicos civiles en que se usa más frecuentemente la señal, que son la compraventa inmobiliaria y la locación de inmueble.

31) CRITERIO PARA PERMITIR O PROHIBIR LA SUBCONTRATACIÓN DE PRESTACIONES

Texto del Proyecto:

Art. 1070 – **Disposición general.** En los contratos con prestaciones pendientes éstas pueden ser subcontratadas, en el todo o en parte, a menos que se trate de obligaciones que requieren *prestaciones personales*.

Modificación propuesta:

Enmendar el art. 1070, de modo que quede así:

Art. 1070 – **Disposición general.** En los contratos con prestaciones pendientes éstas pueden ser subcontratadas, en el todo o en parte, a menos que *la persona del deudor haya sido elegida por sus cualidades para realizar la prestación personalmente*”.

Fundamento

Es incorrecta la inclusión de la locución “prestaciones personales”.

¿Tal expresión significa las prestaciones que consisten en un hacer? Si el término tiene tal amplitud, al propietario de la imprenta no le sería lícito el encargar a otro impresor el trabajo de impresión que hubo contratado; y lo mismo en el caso de quien se ha obligado por contrato a realizar la reparación de un artefacto y, en general, sería así en todo contrato de locación de obra.

¿Con la expresión “prestaciones personales” se quiso decir aquellas que son “*intuitu personae*”, o sea las que deben ser cumplidas exclusivamente por la persona con quien se contrató, sin que se admita delegación o reemplazo, por causa de sus cualidades personales, o porque la persona fue elegida especialmente por el otro contratante, sea por motivo de especial confianza o por cualquier otro motivo? En tal caso, el texto debe decir claramente “*prestaciones intuitu personae*”, que es el término técnico jurídico, o la locución “*elegida por sus cualidades para realizar la prestación personalmente*”, que utiliza el Proyecto en el art. 776, del régimen de las obligaciones de hacer y en el art. 1254, del régimen de los contratos de obra y de servicios, y que se ha empleado en el Código Civil actual, en el art. 626.

32) ENTIDAD DEL INCUMPLIMIENTO QUE FACULTA A RESOLVER EL CONTRATO

Texto del Proyecto:

Art. 1084 – **Configuración del incumplimiento.** A los fines de la resolución, el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato. Se considera que es esencial cuando:

a) el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato;

b) el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor;

c) el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar;

d) el incumplimiento es intencional;

e) el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor.

Modificaciones propuestas

A) En el art. 1084, insertar la conjunción conectiva “o” entre cada inciso y el siguiente.

B) Suprimir los incisos d) y e).

Fundamento

A) La mención de las circunstancias en los incisos, con la separación de punto y coma se interpreta como circunstancias que deben existir todas conjuntamente para que haya facultad de resolver el contrato (así por ej. los requisitos indicados en los incisos del art. 1088 del Proyecto deben cumplirse todos conjuntamente para ejercer la facultad resolutoria implícita; y los incisos del art. 1170 deben cumplirse todos conjuntamente para que haya prioridad del comprador de buena fe respecto de terceros que hayan trabado una medida cautelar). Pero los autores del Proyecto no quisieron esto en el art. 1084. Mediante el agregado de la conjunción disyuntiva “o” entre los incisos, se expresaría claramente que basta una de tales circunstancias, que es lo que se quiso establecer.

B) Con respecto a los incisos d) y e) deben eliminarse, pues no corresponden: el hecho de que el deudor haga una manifestación seria y definitiva de que no cumplirá una obligación determinada, es irrelevante con respecto a la gravedad del incumplimiento, que es lo que importa para que genere el derecho del acreedor de resolver el

contrato. Y lo mismo hay que decir acerca del incumplimiento intencional, pues puede ser un incumplimiento intencional de escasa relevancia en cuanto al valor de lo incumplido y respecto del interés del acreedor.

33) OMISIÓN DE LA ACCIÓN DE AJUSTE DE UNA DE LAS PARTES EN- EL CASO DE EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE

Texto del Proyecto

Art. 1091 – **Imprevisión.** Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la rescisión total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia.

Modificaciones propuestas

A) Agregar un párrafo al art. 1091, con este texto:

“La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”.

B) En la rúbrica del artículo, reemplazar el término “Imprevisión” por la expresión “Excesiva onerosidad sobrevenida”.

Fundamento

A) En el art. 1091 del Proyecto se reconoce, de modo semejante al régimen del Código Civil vigente (art. 1198), la facultad de resolver el contrato o de exigir la adecuación de las prestaciones, a favor de la parte cuya prestación se ha tornado excesivamente onerosa, de resultas de una alteración extraordinaria, sobrevenida e imprevisible de las circunstancias existentes al tiempo en que se hubo celebrado el contrato.

Pero en el Proyecto se ha omitido la facultad de la otra parte de exigir, en caso de que se demande la resolución, la adecuación del contrato, para impedir la resolución, facultad que acertadamente le reconoce el art. 1198 del Código Civil vigente en su último párrafo (“La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”).

Esto resulta la solución justa, pues se aproxima lo más posible a lo que las partes acordaron. Es así congruente con el “principio de conservación del contrato” que el mismo Proyecto establece en su art. 1066.

B) En el epígrafe del artículo es conveniente reemplazar el término “Imprevisión” por la expresión “Excesiva onerosidad sobreviniente”, que es la denominación de esta situación en el léxico jurídico. La imprevisión es solamente uno de los elementos de este supuesto (imprevisión de las circunstancias que causaron aumento de la onerosidad de la prestación); además, la imprevisión está presente en varias otras situaciones, por ej. la resolución por caso fortuito o fuerza mayor, la exención de responsabilidad por las consecuencias imprevisibles y la restitución anticipada de la cosa en el comodato.

34) CARACTERIZACIÓN MUY INSUFICIENTE DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA PROHIBIDA

Texto del Proyecto:

Art. 1101 – **Publicidad.** Está prohibida toda publicidad que:

a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, *cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio;*

b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor;

c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

Modificación propuesta:

Suprimir del art. 1101 inc. a) la frase “cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio”.

Fundamento

Es loable que se introduzca en el Código Civil la prohibición de la publicidad engañosa en el comercio de bienes y servicios, que hasta ahora sólo está en la Ley de Lealtad Comercial 22.802 (en los arts. 5° y 9°).

Pero el artículo respectivo del Proyecto limita la prohibición a la mentira o engaño “sobre elementos esenciales del producto o servicio” (art. 1101).

Debe prohibirse la publicidad engañosa acerca de cualquier característica del producto o servicio, y también la que se refiere a la procedencia del producto, a su pureza y la que concierne a cualquier ingrediente de él, sea o no un “elemento esencial” del producto, y asimismo el engaño en toda otra información sobre el producto o servicio que se declare.

Si se aprueba la regla del art. 1101 tal como está redactada, como consecuencia de que *lex posterior derogat legi priori*, se cercenará la protección que en la legislación actual se reconoce respecto de la publicidad engañosa. El régimen actual, conforme a la Ley de Lealtad Comercial 22.802, dispone: “Queda prohibido consignar en la presentación, folletos, envases, etiquetas y envoltorios, palabras, frases, descripciones, marcas o cualquier otro signo que pueda inducir a error, engaño o confusión, respecto de la naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla o cantidad de los frutos o productos, de sus propiedades, características, usos, condiciones de comercialización o técnicas de producción” (art. 5°). “Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de

las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios” (art. 9°).

35) REVOCACIÓN DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS FUERA DE LOS ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES

Texto del Proyecto:

Art. 1113 – **Efectos del ejercicio del derecho de revocación.** Si el derecho de revocar es ejercido en tiempo y forma por el consumidor, las partes quedan liberadas de sus obligaciones correspectivas y *deben restituirse recíproca y simultáneamente las prestaciones que han cumplido.*

Modificación propuesta:

Agregar al art. 1113 el enunciado siguiente: “*El consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de éste*”.

Fundamento:

El art. 1113 del Proyecto dispone que cuando el consumidor ejerce el derecho de revocación “las partes deben *restituirse* recíproca y simultáneamente las prestaciones que han cumplido”

El régimen actual de la ley 24.240 (que quedaría modificado en este punto por la reforma, por aplicación de la regla *lex posterior derogat legi priori*), establece en el art. 34 *in fine*: “El consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último”.

El cambio que trae el Proyecto resulta desfavorable para el consumidor, quien conforme al régimen del Proyecto tiene que trasladarse hasta el domicilio del proveedor o el lugar que éste disponga para recibir el producto (que puede ser distante) y además debe abonar los gastos de transporte hasta dicho lugar; asimismo en algunos casos tendrá que soportar esperas y hacer colas, según los procedimientos que arbitre el proveedor al respecto.

36) EXCEPCIÓN IRRAZONABLE DE LA FACULTAD DEL CONSUMIDOR DE REVOCAR EL CONTRATO CELEBRADO FUERA DEL ESTABLECIMIENTO COMERCIAL

Texto del Proyecto:

Art. 1116 – **Excepciones al derecho de revocar.** Excepto pacto en contrario, el derecho de revocar no es aplicable a los siguientes contratos:

a) los referidos a productos confeccionados conforme a las especificaciones suministradas por el consumidor o claramente personalizados o que, por su naturaleza, no pueden ser devueltos o puedan deteriorarse con rapidez;

b) los de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos que han sido decodificados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o re-producidos con carácter inmediato para su uso permanente;

c) los de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas.

Modificación propuesta:

Eliminar el inciso a) del art. 1116.

Fundamento

La excepción del inciso a) no se justifica. Se trata de productos que devueltos al proveedor, cierta o probablemente no le serán útiles a éste. Pero ello no es razón para privar al consumidor de la facultad de revocar el contrato, facultad que se funda en la presunta falta de deliberación suficiente suya para la adquisición del producto o servicio, en los casos en que existe esta facultad, o sea en los casos de venta domiciliaria y demás supuestos en que el proveedor ha ido a buscar al consumidor para lograr el contrato (los supuestos del art. 1104 del Proyecto).

En cambio, en los incisos b) y c) es razonable que se niegue al consumidor la facultad de revocar el contrato, pues, dada la índole de los productos que ha recibido, ha podido aprovecharlos o podrá aprovecharlos (por ej. haciendo copias de las grabaciones, películas o programas informáticos, leyendo o fotocopiando las publicaciones, etc.), y a menudo habría mala fe suya si se le permitiera la revocación del contrato.

37) CLÁUSULAS ABUSIVAS ACERCA DEL PRECIO DEL BIEN O SERVICIO

Texto del Proyecto:

Art. 1121 – **Límites.** No pueden ser declaradas abusivas

a) *las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o servicio procurado [...]*”.

Modificación propuesta:

Suprimir el inciso a) del art. 1121

Fundamento:

El texto de la regla transcrita no sólo comprende la cláusula contractual que establece el precio del bien o servicio en el momento de celebrarse el contrato, sino también las posibles cláusulas sobre modificación del precio, que hagan depender éste de la arbitraria voluntad del proveedor después de celebrado el contrato. Se trata de cláusulas que han sido siempre calificadas por la doctrina como cláusulas abusivas y que deben ser invalidadas por los tribunales.

Se trata de abusos más o menos comunes en diversas especies de contratos, entre ellos, los contratos de medicina prepaga²⁹, los contratos de viaje³⁰, los contratos de compraventa de departamentos en construcción.

²⁹ “La prohibición de declarar abusivas las cláusulas referidas al precio de la cosa, indudablemente conllevarían a la adopción de posturas que defienden que la misma incluye la prohibición de declarar abusivas las modificaciones unilaterales de los precios que se abonan en los contratos de consumo de servicios de ejecución continuada (por ej. los de medicina prepaga), lo cual sin duda implicará un freno a los controles de legalidad de dicho proceder y en consecuencia, un evidente perjuicio a los consumidores” (Walter F. Krieger, *Contrato de consumo*, en AA. VV. *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012* (libro electrónico), U. C. A., Buenos Aires, 2012, disponible en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisis-proyecto-nuevo-codigo-civil>, p. 394).

³⁰ Ejemplos de cláusulas sobre modificación del precio convenido en contratos de viaje: “Todos los precios publicados en nuestros folletos están sujetos a modificarse sin previo aviso, y aquellos turistas que no desearan abonar el aumento, podrán abandonar el grupo y se les reembolsará la suma que hubieran pagado”. “El precio estimado en el momento de la solicitud de los servicios queda sujeto a modificaciones, a consecuencia de las posibles alteraciones en los servicios y/o en los costos de los servicios que componen el viaje”. “Los precios pueden modificarse si se alteran las tarifas o si varía el tipo de cambio, aunque el cliente haya abonado totalmente el precio del viaje”. “En caso de variaciones en el precio que superen el 10%, se reconoce al viajero el derecho de desistir, siempre que comunique esta decisión a la agencia de viajes en el término de 48 horas después de haber recibido la información sobre el aumento”.

38) COMPRAVENTA: OBLIGACIÓN DE PAGAR EL PRECIO EN CASO DE INMUEBLE QUE APARECE HIPOTECADO

Texto del Proyecto:

Art. 1141 – **Enumeración.** Son obligaciones del comprador:

a) pagar el precio en el lugar y tiempo convenidos. Si nada se pacta, se entiende que la venta es de contado;

b) recibir la cosa y los documentos vinculados con el contrato. Esta obligación de recibir consiste en realizar todos los actos que razonablemente cabe esperar del comprador para que el vendedor pueda efectuar la entrega, y hacerse cargo de la cosa;

c) pagar los gastos de recibo, incluidos los de testimonio de la escritura pública y los demás posteriores a la venta.

Modificación propuesta:

Agregar en el inciso a) del art. 1141: *“No puede negarse a pagar el precio del inmueble comprado por aparecer hipotecado, siempre que la hipoteca pueda ser redimida inmediatamente por él o por el vendedor”*.

Fundamento

La regla que proponemos agregar está presente en el actual Código Civil (art. 1433), está ausente en el Proyecto y es necesaria para aventar la duda que, ante la laguna sobre el punto, surgirá si sucede el supuesto mencionado.

39) PLAZO DE LA OBLIGACIÓN DEL COMPRADOR DE RECIBIR LA COSA

Texto del Proyecto

Art. 1141 – **Enumeración.** Son obligaciones del comprador:

a) pagar el precio en el lugar y tiempo convenidos. Si nada se pacta, se entiende que la venta es de contado;

b) recibir la cosa y los documentos vinculados con el contrato. Esta obligación de recibir consiste en realizar todos los actos que razonablemente cabe esperar del comprador para que el vendedor pueda efectuar la entrega, y hacerse cargo de la cosa;

c) pagar los gastos de recibo, incluidos los de testimonio de la escritura pública y los demás posteriores a la venta.

Modificación propuesta:

Agregar al final del inciso b) del art. 1141 el siguiente texto: “*El comprador está obligado a recibir la cosa vendida en el término fijado en el contrato, o en el que fuese de uso local. A falta de un término convenido o de uso, inmediatamente después de la compra*”.

Fundamento

El art. 1141 del Proyecto menciona, entre las obligaciones del comprador, la obligación de recibir la cosa (inc. b). Pero no se dice allí ni en ningún otro lugar nada dice acerca del tiempo en que debe cumplirse con ello; por tanto, tal obligación en el Proyecto estaría sujeta a un plazo indeterminado y por ende, si las partes no se ponen de acuerdo al respecto, el juez deberá fijar el momento en que será exigible. Pero esto es una actividad judicial innecesaria y además importa una dilación irrazonablemente perjudicial para el vendedor.

Por lo expuesto, proponemos introducir la regla que sobre el punto contiene el actual Código Civil: “El comprador está obligado a recibir la cosa vendida en el término fijado en el contrato, o en el que fuese de uso local. A falta de un término convenido o de uso, inmediatamente después de la compra. (art. 1427).

40) CONTRATO DE LOCACIÓN: PLAZOS MÁXIMOS DESMESURADOS

Texto del Proyecto:

Art. 1197 – **Plazo máximo.** El tiempo de la locación, cualquiera sea su objeto, no puede exceder de *veinte (20) años para el destino habitacional y cincuenta (50) años para los otros destinos.*

El contrato es renovable expresamente por un lapso que no exceda de los máximos previstos contados desde su inicio.

Modificación propuesta:

Reemplazar el texto del art. 1197 por el siguiente: “**Plazo máximo.** El tiempo de la locación, cualquiera sea su objeto, *no puede exceder de diez años.* El contrato que se hiciera por un tiempo mayor quedará concluido a los diez años”.

Fundamento

El plazo que se admite en el Proyecto es excesivo. Que se ceda el uso de un inmueble por un tiempo tan prolongado importa una desnaturalización de esta especie de contrato, pues la locación es un acto de administración de la cosa y no es un acto de disposición de ella, como sucedería si se transfiriera el uso durante dos, tres, cuatro o cinco décadas, como permitirá el art. 1197 del Proyecto si se aprueba.

En el Código Civil vigente rige el plazo máximo de diez años (art. 1505). Vélez Sársfield dio como justificación de esta limitación que los arrendamientos muy prolongados no estimulan realizar mejoras en el inmueble, impiden la enajenación y también la división entre los coherederos (nota al art. 1505). Más allá de estas razones, hoy hay que tener en cuenta la inflación que nos afecta y que nos ha afectado casi siempre desde hace setenta años, juntamente con la invalidez de las cláusulas de actualización o estabilización monetaria que se inserten en los contratos de locación (conforme al art. 7° de la Ley de Convertibilidad del Austral 23.928 de marzo de 1991, así como su concordante art. 4° de la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario 25.561 de enero de 2002, normas que el Proyecto deja intactas); conforme al régimen del Proyecto un inmueble podría válidamente arrendarse por veinte años para vivienda familiar, de modo que los cánones que habrá de pagar el locatario durante el vigésimo año de duración del contrato serán los mismos que se estipulen en el momento de celebrarse el contrato, veinte años antes, sin posibilidad de que se modifique el importe en el ínterin. Y para el caso de inmuebles que se arrienden para otro destino, ello podrá válidamente hacerse con una duración de hasta cincuenta años, de manera que el locatario (o sus herederos o sucesores) deberá pagar aún después de cincuenta años el importe que se establezca al celebrarse el contrato, cincuenta años antes. Y esto es aún más valedero en el régimen del Proyecto, que dispone la ineficacia de la convención que estipule el precio en moneda

extranjera, ya que el deudor tiene la facultad de cancelarla en pesos argentinos (art. 765), con lo cual se imposibilita el único medio de prevenir siquiera parcialmente el perjuicio de la desvalorización monetaria del importe del alquiler.

Por lo expuesto, lo correcto es conservar el plazo máximo que establece el Código Civil actual para el contrato de locación de inmueble, que es de diez años (art. 1505).

41) CONTRATO DE LOCACIÓN: NORMA QUE FAVORECE EL FRAUDE A LA LEY RESPECTO DEL PLAZO LEGAL MÍNIMO DE DURACIÓN

Texto del Proyecto:

Art. 1198 – **Plazo mínimo de la locación de inmueble.** El contrato de locación de inmueble, cualquiera sea su destino, si carece de plazo expreso y determinado mayor, se considera celebrado por el plazo mínimo legal de dos (2) años, excepto los casos del artículo 1199.

El locatario puede renunciar a este plazo si está en la tenencia de la cosa.

Modificación propuesta:

Eliminar el párrafo final del art. 1198.

Fundamento

La norma que permitiera suprimir la exigencia del plazo mínimo de locación si el locatario renuncia este beneficio mientras se halla en la tenencia de la cosa facilitará grandemente el fraude a la ley: bastaría para ello que el locador hiciera firmar tal renuncia al locatario, antes que éste reciba la tenencia del inmueble, insertando en el documento una fecha posterior o la declaración de que ya ha recibido la tenencia del inmueble.

42) CONTRATO DE LOCACIÓN: NORMAS CONTRADICTORIAS ACERCA DE LA FACULTAD DEL LOCATARIO DE SUBARRENDAR

Texto del Proyecto:

Art. 1214 – **Sublocación.** *El locatario puede dar en sublocación parte de la cosa locada, si no hay pacto en contrario.* Para ello debe comunicar al locador, por medio fehaciente, su intención de sublocar e indicarle el nombre y domicilio de la persona con quien se propone contratar, y el destino que el sublocatario asignará a la cosa.

El locador sólo puede oponerse por medio fehaciente, dentro del plazo de diez (10) días de notificado. El silencio del locador importa su conformidad con la sublocación propuesta.

La sublocación contratada pese la oposición del locador, o con apartamiento de los términos que se le comunicaron, viola la prohibición de variar el destino de la cosa locada.

Modificación propuesta:

Enmendar el primer párrafo del art. 1214, de modo que quede congruente con el último párrafo del mismo artículo, o bien corregir el último párrafo para que quede congruente con el primero.

Fundamento:

El primer párrafo del art. 1214 es contradictorio con el último párrafo del mismo artículo, pues uno faculta al locatario a dar en sublocación parte de la cosa arrendada si ello no está prohibido en el contrato, y el otro dispone que el locatario obra anti-jurídicamente si contrata una sublocación sin el acuerdo del locador.

43) CONTRATO DE OBRA: CLÁUSULA DE OBRA A SATISFACCIÓN DEL COMITENTE O DE UN TERCERO

Texto del Proyecto

Art. 1257 – **Obligaciones del comitente.** El comitente está obligado a:

- a) pagar la retribución;
- b) proporcionar al contratista o al prestador la colaboración necesaria, conforme a las características de la obra o del servicio;
- c) recibir la obra si fue ejecutada conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.

Modificación propuesta:

Añadir en el inciso c) del art. 1257 el siguiente enunciado: “Cuando el contratista y el comitente convinieron que la obra se debía hacer a satisfacción del segundo o de otra persona, se entiende que en caso de controversia han remitido la aprobación al juicio de peritos”.

Fundamento

El Código Civil vigente ha previsto este supuesto en el art. 1634. En el Proyecto, en cambio, el supuesto carece de regla. Si se deja el caso sin solución legal, tal laguna podría ser resuelta por el juez mediante aplicación analógica del art. 1160 incisos a) y b), que dispone: “**Compraventa sujeta a condición suspensiva.** La compraventa está sujeta a la condición suspensiva de la aceptación de la cosa por el comprador si:

a) el comprador se reserva la facultad de probar la cosa;

b) la compraventa se conviene o es, de acuerdo con los usos, «a satisfacción del comprador»”. Pero el resultado es injusto, y la aplicación analógica mencionada es improcedente, pues si bien entre ambos supuestos sucede la semejanza de que se convino que la cosa (comprada o a realizarse, respectivamente) fuese a satisfacción del adquirente hay una importante diferencia: en caso de que el comprador no acepte la cosa el vendedor no se perjudica pues la conserva para vendérsela a otro, pero en el caso de la obra, si el comitente la rechaza generalmente importa la pérdida del trabajo y materiales puestos por el contratista.

44) CONTRATO DE OBRA: CRITERIO PARA JUZGAR QUE FUE ACEPTADA

Texto del Proyecto

Art. 1270 – **Aceptación de la obra.** La obra se considera aceptada cuando concurren las circunstancias del artículo 747.

Modificación propuesta:

Que se indique en el art. 1270 cuándo se considera que la obra es aceptada (pues la remisión que hace al art. 747 es vacua).

Fundamento

Determinar que la obra fue aceptada por el comitente y cuándo fue aceptada por él es muy importante, pues de ello se derivan consecuencias jurídicas en lo que concierne a la responsabilidad por los vicios aparentes y por los vicios ocultos (art. 1272) y al inicio del plazo de caducidad de la responsabilidad por ruina (art. 1275). ¿Cuándo se reputa aceptada la obra según el proyecto de Código que examinamos? “Cuando concurren las circunstancias del art. 747”, dice el art. 1270. Pero sucede que dicho art. 747 no menciona “circunstancias”.

Para remediar esta deficiencia es necesario que en el art. 1270 se indique el criterio para que la obra se tenga por aceptada, por ejemplo de este modo: “La obra se considera aceptada cuando el comitente expresa manifiestamente su conformidad con ella, o cuando después de haberla recibido sin reservas, transcurren 72 horas sin que manifieste vicios en ella, defectos de calidad o de cantidad, o falta de adecuación de la obra con lo convenido”.

45) INJUSTA EXTENSIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL CONSTRUCTOR AL DIRECTOR TÉCNICO DE LA OBRA

Texto del Proyecto:

Art. 1273 – **Obra en ruina o impropia para su destino.** El constructor de una obra realizada en inmueble destinada por su naturaleza a tener larga duración responde al comitente y al adquirente de la obra por los daños que comprometen su solidez y por los que la hacen impropia para su destino. El constructor sólo se libera si prueba la incidencia de una causa ajena. No es causa ajena el vicio del suelo, aunque el terreno pertenezca al comitente o a un tercero, ni el vicio de los materiales, aunque no sean provistos por el contratista.

Art. 1274 – **Extensión de la responsabilidad por obra en ruina o impropia para su destino.** La responsabilidad prevista en el artículo 1273 se extiende concurrentemente: [...] c) según la causa del daño, al subcontratista, al proyectista, *al director de la obra* y a cualquier otro profesional ligado al comitente por un contrato de obra de construcción referido a la obra dañada o a cualquiera de sus partes.

Modificación propuesta:

Añadir al texto del art. 1274 el siguiente enunciado: “*El director de obra se exime de responsabilidad si acredita que puso toda la vigilancia y diligencias exigibles*”. (O bien añadir el enunciado siguiente: “*En el caso del director de obra será aplicable lo dispuesto en el art. 1768*”).

Fundamento

Puede verse que el art. 1273 del Proyecto admite como eximente de la responsabilidad del constructor solamente la causa ajena; por ende, él no puede eximirse por falta de culpa suya, de modo que se dispone que el constructor contrae para con el dueño de la obra o comitente y para con los futuros adquirentes de ella una “obligación de resultado” respecto de que la obra tenga la solidez y estabilidad necesarias y sirva para su destino. Ello es correcto, porque el constructor se compromete a realizar la obra y, conforme a la intención de las partes, él garantiza que ella no se derrumbará ni carecerá de la solidez necesaria para su uso y será adecuada para su destino normal o el que las partes hayan previsto.

Ahora bien, el art. 1274 dispone que la mencionada responsabilidad del constructor para con el comitente y para con los futuros adquirentes se extiende a otros sujetos, entre ellos, el director de la obra. Por tanto, establece que éste es responsable en caso de ruina o de que la obra no resulte apropiada para su destino, aunque no haya ninguna culpa de su parte, o sea que atribuye al director de la obra una “obligación de resultado” al respecto. Pero esto no es justo, como explicamos a continuación.

Es verdad el director de la obra tiene muchas obligaciones, entre ellas impartir las instrucciones necesarias para la ejecución del proyecto y vigilar el desarrollo de las tareas, para que todo se haga según el proyecto, según las normas edilicias y demás reglas legales y según las reglas del arte de construir. Pero el director de la obra no contrae una “obligación de resultado” con respecto a todos los aspectos de la construcción, como es en cambio la obligación del constructor. En realidad, lo que promete en el acuerdo contractual el director técnico es *dirigir*, para que la construcción se realice bien, *vigilar* para que se realice bien, de conformidad con el proyecto y de acuerdo con las reglas de la buena técnica y las disposiciones legales. Jorge Rivarola enseñaba: No es responsable el director de la obra cuando por una simple aunque prolija y meticulosa inspección no haya podido descubrir ni sospechar la existencia del vicio³¹. No puede ser responsable por vicios de ejecución que no haya sido posible advertir o sospechar mediante una dirección concienzuda³².

El constructor ha asumido la obligación de realizar la obra. Pero el director técnico no ha asumido la obligación de su realización, sino la obligación de dirigir las actividades hacia ese fin y controlarlas, y *no ha garantizado la obtención de ese fin en todos sus aspectos*. Hay que distinguir, por tanto, entre el arquitecto o ingeniero que se desempeñan como constructores y el arquitecto o ingeniero que ejercen la dirección técnica de la obra, sin haber contratado la realización material de la obra con el comitente³³.

Por lo expuesto, la regla del Proyecto que objetamos, se aparta de la regla general según la cual los profesionales que no han garantizado el resultado, responden solamente en caso de culpa suya, regla que el mismo Proyecto establece claramente en el art. 1768 (“*Profesionales liberales*. La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto”; “responsabilidad subjetiva” significa que se responde sólo si hay dolo o culpa, como lo dice el art. 1724 del Proyecto).

Además de la diversidad entre el alcance del compromiso contractual del constructor y el alcance del compromiso contractual del director de obra (obligación de resultado del primero y obligación de medios del segundo), hay que advertir que la posibilidad de control del director de obra en ciertos aspectos es inferior a la del constructor: así por ej. aquél no elige los dependientes del constructor ni los herreros, carpinteros, etc., que son elegidos y subcontratados por éste.

³¹ Rivarola, Jorge R., *Tratado de arquitectura en relación al derecho. Contratos. Derecho. Dirección del proyecto y la construcción de edificios*, Zanetti, Buenos Aires, 1972, n° 250, p. 158.

³² Rivarola, Jorge R., *Tratado de arquitectura...*, cit., p. 87.

³³ Cfr. Tale, Camilo, *Responsabilidad civil del constructor y de los profesionales de la construcción por ruina de la obra*, Revista de Derecho de Daños, Santa Fe, vol. 2004–II. Responsabilidad de los profesionales de la construcción, ps. 444 ss. Shortrede, Manuel, ponencia en Audiencia Pública de la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, en Rosario, 10/9/12. Colegio de Arquitectos de la Provincia de Buenos Aires, ponencia presentada en la Audiencia Pública semejante, en La Matanza, Prov. de Buenos Aires, 17/10/12, p. 4.

Hay que admitir que existen ciertas obligaciones del director de obra que son de resultado; por ejemplo, lo que concierne a la ubicación y tamaño de los ambientes, la estructura general, los tipos de pisos, revestimientos, que el edificio lleve columnas de tal tamaño y clase, etc. Es razonable admitir que con respecto a tales cosas, en el contrato con el comitente, él garantiza implícitamente el resultado correcto. Pero no es razonable atribuirle la garantía de que cada elemento del material sea de buena calidad, de que cada proceso, en sus aspectos menudos, se haya realizado del modo correcto, de que cada elemento de la estructura esté bien hecho, etc.³⁴. Al respecto, quien ejerza la dirección de la obra sólo debe ser responsabilizado si ha obrado con culpa, o sea si ha omitido las diligencias que le son exigibles según las circunstancias y conforme al conocimiento técnico y previsión que se esperan de un profesional de esta clase en general y en las circunstancias del caso.

El director técnico debe estar en la obra, y con la frecuencia necesaria, sin delegar sus funciones en un albañil. El director de obra debe asistir al lugar todas las veces que sea menester, a los efectos de hacer cumplir las especificaciones del proyecto. Es su obligación jurídica asesorar a los albañiles y a los operarios acerca del mejor modo de realizar los diversos trabajos, supervisar todas las tareas, verificar escrupulosamente determinados trabajos, por ejemplo la colocación de cimientos y

³⁴ Sentencias que afirman la doctrina de que el director técnico no contrae obligación de resultado sino obligación de medios respecto del comitente: CApelCiv.Com. 1ª nomin. Santiago del Estero, 17/8/2005, “Seva, Leonilde c/ Construcciones Sema S. R. L. y otros”, LL-NOA 2006, p. 302 (Dijo el tribunal: “Tratándose de la dirección de una obra, el arquitecto asume una obligación de medios, es decir que se obliga a vigilar la obra del constructor, aplicando sus diligencias, sus conocimientos y prudencia”). CNCiv. S. K, 16/3/97, “Ferro de Raimondi, María Cristina c/ Tuero, Alberto y otros” (El tribunal dijo: “El proyectista-director de obra sólo responde frente a terceros si ha mediado delito –civil o penal– p cuasidelito (arts. 1072 y 1109 del Cód. Civil). Se trata, en consecuencia, de una responsabilidad por hecho propio y, en este orden de ideas, si el daño derivó de un vicio del plano responderá conjuntamente con el empresario [el constructor]. Pero si el daño emana de vicio de construcción o de los materiales, su responsabilidad frente a terceros depende de la prueba de la culpa en que incurriere, como lo dispone el art. 1109”, cit. en Revista de Derecho de Daños, Santa Fe, vol. 2004-II. Responsabilidad de los profesionales de la construcción, p. 542). C.CivCom. Córdoba, 5ª Nom., 21/4/97, “Oviedo, Evaristo c/ Sosa, Héctor y otro” (“El sistema de responsabilidad civil previsto en nuestra legislación civil en lo que respecta a profesionales ingenieros, arquitectos y/o constructores, no tiene modificación alguna respecto del eje general, en cuanto a quién tiene la obligación de dirigir y vigilar la ejecución de la obra. Tal obligación es de medios, con lo cual el profesional se obliga a vigilar la ejecución de la obra por parte del constructor, mediante su diligencia, conocimientos profesionales y prudencia. En consecuencia, el profesional no responderá si el dueño de la obra y comitente, no prueba la culpa del constructor y la relación de causalidad entre el daño sufrido y la culpa probada de aquél”), en La Ley-Córdoba, 1988, p. 11. Cám 7ªCivCom. de Córdoba, “Las Heras, José c/ Los Granados S.C.A. y otros”, 12/7/82; Cám. 7ª CCom.Cba., 26/4/82, “Rojo, Ramona Edelmira c/Carlos A. Amigorena” (El tribunal dijo: “la obligación del proyectista y la del constructor, configuran una obligación de resultado, mientras que la del director de obra, una obligación de medios”). C.Civ.Com. San Isidro, S. 2ª, 6/12/2005, “Murias, Juan C. y otra v. Brussal Construcciones S.A. y otro” (El tribunal dijo: “La obligación del director de obra es solamente de medios: se obliga a vigilar la ejecución de obra por parte del constructor aplicando en tal sentido su diligencia, sus conocimientos y prudencia. No es responsable si el dueño de la obra no prueba la culpa del profesional y la relación de causalidad entre ésta y el daño” (Abledo Perrot *online*, nº 70037313).

vigas, la realización de losas... Pero no tiene obligación de vivir en la obra, ni de permanecer jornadas enteras en ella, sino el tiempo que sea necesario para la razonable vigilancia de los trabajos. Y hay que tener en cuenta que mientras permanece en el obrador, no le es posible vigilar las labores de cada uno de los diez o cuarenta obreros de la edificación de la cual se trate. Pretender eso sería exigirle que posea el don divino de la ubicuidad.

El texto legal actual que establece el régimen de responsabilidad del director técnico de la obra (art. 1646 C.C.) tiene un enunciado semejante al texto del Proyecto, pero con una frase que expresa “según las circunstancias”, restricción que permite interpretar que hay o no responsabilidad del director de la obra según que haya habido o no alguna culpa suya en relación con la ruina de la obra (“Art. 1646 – “... La responsabilidad que este artículo impone se extenderá indistintamente al director de la obra y al proyectista *según las circunstancias*”)

46) CONTRATO DE DEPÓSITO: PRESUNCIÓN DE ONEROSIDAD INDISCRIMINADA, CONTRARIA A LA EXPERIENCIA

Texto del Proyecto:

Art. 1357 – **Presunción de onerosidad.** *El depósito se presume oneroso. Si se pacta la gratuidad, no se debe remuneración, pero el depositante debe reembolsar al depositario los gastos razonables en que incurra para la custodia y restitución.*

Modificación propuesta:

Reemplazar la primera oración del art. 1357 por el enunciado siguiente: “**Presunción de gratuidad.** *El depósito se presume gratuito cuando el depositario no ejerce el comercio o cuando se realiza fuera del ámbito de la actividad comercial de éste o en supuestos en que suele ser gratuito conforme a los usos”.*

Fundamento

La norma según la cual el depósito se presume oneroso, o sea, debe tenerse como contrato oneroso si no hay pacto que exprese si es gratuito u oneroso, se opone a lo que sucede ordinariamente en la intención de las partes. Las presunciones que establezca la ley deben ser conformes con lo que sucede generalmente (regla *id quod plerumque accidit*).

Según el art. 1357, primera oración, si no hay pacto acerca del punto, deberán tenerse como onerosos actos como los siguientes: el acto por el cual uno acuerda guardar una cosa de un amigo; el caso tan común del hotel que recibe en depósito el equipaje del cliente, durante un día después que ha terminado el alojamiento de éste; cuando uno deja a su vecino un televisor y computadoras durante un viaje, porque teme que le roben tales cosas al dejar su casa; el caso del albañil que deja durante un mes, en la casa donde ha realizado una obra, una máquina hormigonera, una carretilla, diversas herramientas y un conjunto de maderas, con la conformidad del dueño de casa. La presunción que dispone el Proyecto, al ser contraria a la normal intención de las partes, favorece la mala fe del depositario que pretendiere una retribución.

47) INJUSTA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL HOTELERO CUANDO EL DAÑO EN LAS COSAS DEL VIAJERO RESULTA DE LA CULPA DE ÉSTE O DEL HECHO INEVITABLE DE UN TERCERO

Texto del Proyecto:

Art. 1371 – **Eximentes de responsabilidad.** El hotelero no responde si los daños o pérdidas son causados por caso fortuito o fuerza mayor ajena a la actividad hotelera.

Modificación propuesta:

Añadir en el art. 1371 las dos normas que contiene el actual Código Civil en los arts. 2236 *in fine* y 2237, de modo que quede como sigue:

Art. 1371 – **Eximentes de responsabilidad.** El hotelero no responde si los daños o pérdidas son causados *por hecho del viajero o por caso fortuito o fuerza mayor ajena a la actividad hotelera. No es fuerza mayor el hecho de ladrones en el establecimiento, salvo que lo hiciesen con armas.*

Fundamento

El art. 1371, que es la única disposición del Proyecto referida a eximentes de la responsabilidad del hotelero por daños o pérdidas de cosas introducidas por viajeros o de vehículos de viajeros, menciona solamente el caso fortuito o fuerza mayor. A diferencia de la regla respectiva para la responsabilidad de los establecimientos educativos (de lo cual hemos tratado en el ítem anterior), no dice que ésa sea la única eximente. Sin embargo lo más probable es que se interprete que es la única eximente que se establece, porque el epígrafe de este artículo expresa “Eximentes de responsabilidad”, o sea que allí se ha decidido mencionar toda eximente que se reconoce, y se menciona solamente el caso fortuito o fuerza mayor.

Al respecto, corresponde hacer consideraciones semejantes a las que expusimos en el ítem anterior, referido al régimen de responsabilidad civil de los establecimientos educativos.

Es injusto negar eficacia eximente al hecho de la propia víctima –en este caso, el viajero– y al hecho inevitable de tercero extraño (por ej. asaltante que ingresa al establecimiento con armas, a pesar de que el hotelero haya puesto toda la vigilancia que le era exigible, y roba a los viajeros).

El hecho del propio damnificado y el hecho inevitable de tercero extraño, cuando causan totalmente el perjuicio, deben eximir de responsabilidad conforme a las reglas generales de responsabilidad civil, que el mismo Proyecto establece en sus arts. 1726 y 1728.

Con acierto, el actual Código Civil excluye expresamente la responsabilidad del hotelero en el caso de culpa del viajero (art. 2236) y de “ladrones con armas o por escalamiento que no pudiese resistir el posadero” (art. 2237).

48) INJUSTA EXTENSIÓN DEL RÉGIMEN SEVERO DE RESPONSABILIDAD DE LOS HOTELEROS A LOS PROPIETARIOS DE RESTAURANTES, BARES, ETC. POR EL HURTO, PÉRDIDA O DAÑO DE LAS COSAS QUE INGRESAN LOS CLIENTES

Texto del Proyecto:

Art. 1375 – **Establecimientos y locales asimilables.** Las normas de esta Sección se aplican a los hospitales, sanatorios, casas de salud y deporte, *restaurantes*, garajes, lugares y playas de estacionamiento y *otros establecimientos similares*, que presten sus servicios a título oneroso [...].

Modificación propuesta:

Eliminar el término “*restaurantes*” del art. 1375 del Proyecto.

Fundamento

En los arts. 1368 al 1374 del Proyecto se contienen las reglas para regir la responsabilidad de los hoteleros por los efectos introducidos por los huéspedes. Se reiteran allí varias normas del L. II, sec. III, título 15, capítulo 6° del Código Civil vigente, y se modifican y añaden otras. Se conserva la responsabilidad objetiva que establece en estos supuestos el Código redactado por Vélez, de modo que el propietario del establecimiento hotelero no se libera aunque pruebe su falta de culpa (arts. 1118, 2231 y 2236 del Cód. Civil).

Pero el Proyecto establece además que tales reglas se aplican a otros establecimientos que menciona, entre ellos, los “*restaurantes*” y “*otros establecimientos similares*”, o sea bares, cantinas, pubs, etc.

Vélez Sársfield se ocupó de excluir expresamente a los propietarios de comercios gastronómicos de este régimen de responsabilidad civil propio de los hoteleros, que es más severo que el régimen ordinario de responsabilidad de los comerciantes en general, pues los hoteleros son civilmente responsables, aunque no haya culpa alguna de su parte, por los hurtos o daños que un cliente cause en las cosas introducidas por otro cliente en el establecimiento y por todo hurto o pérdida de cualquier efecto que haya introducido el huésped en el establecimiento, cuando se ignore su causa. Dispone el art. 2233 C. C.: “*La responsabilidad impuesta a los posaderos, no se aplica a los administradores de fondas, cafés, casas de baños y otros establecimientos semejantes...*”

Se comprende que la ley establezca una solución distinta para el caso del restaurante que para el caso del hotel. Hay por lo menos cuatro razones para que el rigor legal sea distinto para estas dos clases de establecimientos, como se explica seguidamente:

a) En el caso del hotel el mismo hotelero, o gente de su personal, se encargan habitualmente de controlar el ingreso y salida de toda persona, cosa que no sucede normalmente en la mayoría de los restaurantes, y no se les puede reprochar a sus dueños tal falta de vigilancia o de servicio de portería.

b) Además, en el caso del hotel es posible que las cosas del huésped estén a resguardo de los extraños, sea que se depositen en la caja de seguridad, sea que se entreguen en la recepción, sea que se introduzcan en la habitación o en cualquier dependencia interna del establecimiento; en cambio, en el restaurante los efectos de los comensales suelen permanecer en mesas o sillas en el salón de acceso al público en general.

c) En el contrato de hospedaje se estipula el alojamiento, de modo que el huésped adquiere implícitamente el derecho de tener todas las seguridades y comodidades que tendría en su propia casa (entre ellas, el resguardo de sus cosas); en cambio el contrato entre el comensal y el comercio gastronómico tiene por objeto el servicio de comida, sin tales seguridades. En relación con esto, hay que ver que *la custodia de las cosas del huésped está dentro del objeto del contrato de hospedaje*, como lo reconoce universalmente la doctrina cuando analiza el objeto del negocio jurídico de hospedaje, y como bien lo explicó Vélez en la nota al art. 2227: “La responsabilidad al parecer extraordinaria, que se exige en este capítulo de los posaderos, nace también de la circunstancias especiales del acto de introducción en las posadas de los efectos de los viajeros. *El posadero en el hecho de abrir una posada al público, se ofrece a recibir el depósito de lo que lleve el viajero, y este depósito no es sólo en el interés del depositante, sino también en el interés del depositario, o sea del posadero, que lleva un precio por la persona y efectos de los que se alojan en su casa*”.

d) Finalmente, hay que ver que en el caso del hospedaje sería excesivo, y aun de imposible realización, que el propio huésped cuidara en todo tiempo sus pertenencias; en cambio esto puede hacerlo el comensal, quien sólo permanece en el salón del establecimiento gastronómico por un tiempo que no suele exceder la hora o la hora y media.

Por las varias razones expuestas, es desacertada la regla transcrita del Proyecto, en cuanto extiende el régimen de responsabilidad civil por hurto, pérdida o daño en las cosas, de los propietarios de hoteles a los dueños de comercios gastronómicos. Con respecto a éstos no se da la *ratio iuris*, o mejor dicho, no se da ninguna de las *rationes iuris*, que hacen que sea razonable tal régimen para los primeros.

De todos los códigos civiles sancionados en los últimos treinta años, solamente el Código Civil peruano de 1984 ha extendido a los dueños de restaurantes el régimen de responsabilidad sin culpa de los hoteleros (según el cual éstos son responsables aún por perjuicios que sufre un cliente por hurto de otro cliente o de un tercero extraño o por causa desconocida). En todos los otros códigos no hay tal extensión (así por ej. C. C. de Venezuela de 1982: arts. 1777 ss.; C. C. de Quebec de 1993, arts. 2298 ss.; C. C. de la Federación Rusa de 1995, art. 925.5; C. C. de Brasil de 2002: arts. 649 ss.) El C. C. de Paraguay excluye expresamente los restaurantes, co-

mo lo hace el C. C. argentino: “La responsabilidad prevista en el artículo anterior [que menciona “hoteles y establecimientos similares”] no se aplicará a los dueños de restaurantes, cafés, bares y otros establecimientos análogos” (art. 1265).

En lo que respecta al referido Código Civil de Perú, que extiende dicha severa responsabilidad del hotelero al propietario de restaurante (art. 1727), tal norma ha sido cuestionada por los juristas de dicho país, precisamente porque la custodia de las cosas del comensal es algo ajeno a la relación contractual que lo vincula con el restaurante³⁵.

³⁵ Cfr. Manuel Muro Rojo, *Comentario del art. 1.727*, en AA. VV., *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, T. IX, Lima, Gaceta Jurídica, 2007.

49) INJUSTA ELIMINACIÓN DEL CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR EXTERNO COMO EXIMIENTE DE LA RESPONSABILIDAD DE PROPIETARIOS DE GARAJES Y PLAYAS DE ESTACIONAMIENTO

Texto del Proyecto:

Art. 1375 – **Establecimientos y locales asimilables.** Las normas de esta Sección se aplican a los hospitales, sanatorios, casas de salud y deporte, restaurantes, garajes, lugares y playas de estacionamiento y otros establecimientos similares que prestan sus servicios a título oneroso.

La eximente prevista en la última frase del artículo 1371 no rige para los garaje, lugares y playas de estacionamiento que prestan sus servicios a título oneroso.

Modificación propuesta:

Suprimir el segundo párrafo del art. 1375.

Fundamento

Es manifiestamente injusto atribuir la obligación de indemnizar un daño a alguien cuando el daño procede exclusivamente de un caso fortuito o fuerza mayor completamente ajeno a la actividad de él. Pero esto es lo que establece el Proyecto para el caso de los propietarios de garajes y de playas de estacionamiento, pues luego de extender a éstos el régimen de responsabilidad instituida para los hoteleros por las cosas introducidas por los viajeros, excluye para el caso de garajes y playas de estacionamiento la eximición de responsabilidad que reconoce para los hoteleros en el art. 1371 para el supuesto de daños o pérdidas son causados por caso fortuito o fuerza mayor ajena a la actividad hotelera.

50) CONTRATOS BANCARIOS CON CONSUMIDORES Y USUARIOS: REQUISITO DEL DOBLE EJEMPLAR

Textos del Proyecto:

Art. 1380 (Del capítulo Contratos bancarios, sección Disposiciones generales) – **Forma.** Los contratos deben instrumentarse por escrito, conforme a los medios regulados por este Código. El cliente tiene derecho a que se le entregue un ejemplar.

Art. 1386 (del párrafo Contratos bancarios con consumidores y usuarios) – **Forma.** El contrato debe ser redactado por escrito en instrumentos que permitan al consumidor:

- a) obtener una copia;
- b) conservar la información que le sea entregada por el banco;
- c) acceder a la información por un período de tiempo adecuado a la naturaleza del contrato;
- d) reproducir la información archivada.

Modificaciones propuestas:

En el art. 1380, reemplazar la frase “un ejemplar” por la frase “*un ejemplar en original, firmado por representante autorizado del banco*”.

Reemplazar el texto del art. 1386 por el siguiente:

1386 – **Forma.** El contrato debe ser redactado por escrito en instrumentos que permitan al consumidor:

- a) conservar la información que le sea entregada por el banco;
- b) acceder a la información por un período de tiempo adecuado a la naturaleza del contrato;
- c) reproducir la información archivada.

Debe entregarse al consumidor un ejemplar original del contrato completo, firmado por representante autorizado del banco.

Fundamento

La reglamentación especial que se disponga para los contratos con usuarios y consumidores debe reconocer mayor protección que el régimen legal que rige en materia de contratos en general. Aquí sin embargo, al decir el art. 1386 que se le debe permitir al consumidor “obtener una copia” del contrato, se está alivianando el deber jurídico que existe para todos los contratantes, de que la otra parte reciba un ejemplar original firmado del contrato (“requisito del doble ejemplar”), que establece el Código Civil actual (art.1021).

En el art. 1380 del Proyecto, referido a los contratos bancarios en general (o sea los que celebra el banco con consumidores o con quienes no lo sean) se establece la obligación de entregar un ejemplar al cliente. Dado que está muy difundida la práctica de no entregar ejemplar, y en los casos en que el cliente reclame por esta omisión se le suele entregar una copia del texto, sin firma alguna, es necesario que la ley disponga expresamente la obligación de entregar ejemplar en original, con la firma de representante autorizado de la entidad bancaria. El solo término “ejemplar” es insuficiente, pues puede interpretarse que el requisito se cumple con una mera copia del texto; debe prescribirse expresamente que sea un ejemplar original firmado, como lo hace el art. 1021 del actual Código Civil para los contratos en general.

51) ESPECIFICACIONES OBLIGATORIAS EN LOS CONTRATOS BANCARIOS DE CRÉDITO

Texto del Proyecto:

Art. 1389 – **Información en contratos de crédito.** Son nulos los contratos de crédito que no contienen información relativa al tipo y partes del contrato, el importe total del financiamiento, el costo financiero total y las condiciones de desembolso y reembolso.

Modificación propuesta:

Debe sustituirse el tenor del art. 1389 por el texto siguiente:

Art. 1389 – **Información en contratos de crédito.** Son *anulables total o parcialmente, a pedido del usuario*, los contratos de crédito que no contienen *en el documento que se entregue al usuario* alguno de los siguientes elementos: información relativa al tipo y partes del contrato; *la tasa de interés efectiva anual; los gastos extra, seguros o adicionales, si los hubiese; el importe a desembolsar inicialmente, si es el caso;* el importe total del financiamiento; el costo financiero total; *el sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses; la cantidad, periodicidad e importe de los pagos a realizar* y las demás condiciones de desembolso y reembolso.

Fundamento

1) Debe reemplazarse la consecuencia de la nulidad (“son nulos”) que expresa el art. 1389 del Proyecto por la anulabilidad total o parcial a pedido del usuario, o sea por el derecho del usuario de demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Pues se trata de una sanción de ineficacia del negocio jurídico prevista para la protección del usuario del préstamo dinerario. Además, el texto del art. 1389 en este punto se opone a lo que dispone el art. 36 de la ley de Defensa del Consumidor, artículo que no ha recibido ninguna modificación de parte de la Comisión redactora del Proyecto, el cual establece en su párrafo 2º: “Cuando el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas”.

Si se aprueba el Proyecto con este enunciado que objetamos en el art.1389, se suscitará una duda interpretativa, ya que se contradirán en este punto el Código que se apruebe (que dirá “son nulos los contratos...”) y el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor (que dirá, como ahora, que son total o parcialmente anulables si lo exige el consumidor). Será la oposición entre una regla legal posterior pero más general y una regla legal anterior pero más especial, de modo que las reglas hermenéuticas *lex posterior derogat lex priori* y *lex specialis derogat lex generalis* resultarán insuficientes para solucionar la cuestión.

2) El art. 1389 del Proyecto indica algunas especificaciones del préstamo bancario que necesariamente deben incluirse en la información que se entregue al cliente, si es un “consumidor” según la L. D. C. Pero la mención de tales datos de inclusión obligatoria es incompleta en comparación con las especificaciones que la L. D. C. vigente exige desde que fue instituida, en 1993. En efecto, faltan en el art. 1389 del Proyecto: *la tasa de interés efectiva anual; los gastos extra, seguros o adicionales, si los hubiese; el importe a desembolsar inicialmente, si es el caso; el sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses; la cantidad, periodicidad e importe de los pagos a realizar.*

Todos estos aspectos del préstamo, que son muy importantes pues hacen a su significado económico, al valor que al fin y al cabo tendrá que desembolsar el usuario, se han conservado en la L. D. C. aun después de las modificaciones propuestas en ella por la Comisión redactora del Proyecto, en el contenido que obligatoriamente debe informarse al usuario y debe “consignarse de modo claro” en el documento que corresponda. Por consiguiente, para aventar dudas interpretativas y lograr la coherencia legislativa sobre el punto, deben añadirse en el art. 1389 del Proyecto todas las especificaciones mencionadas.

52) FRECUENCIA EXCESIVA EN LA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES EN LA CUENTA CORRIENTE BANCARIA

Texto del Proyecto:

Art. 1398 – **Intereses.** El saldo deudor de la cuenta corriente genera intereses, que se capitalizan *mensualmente*, excepto que lo contrario resulte de la reglamentación, de la convención o de los usos.

Modificación propuesta:

En el art. 1398, reemplazar el término “mensualmente” por el término “trimestralmente”.

Fundamento

El Código de Comercio vigente, en el capítulo de la cuenta corriente bancaria establece que si las partes no pactan expresamente un periodo distinto, la capitalización debe hacerse *trimestralmente* (art. 795).

La capitalización mensual, especialmente cuando la tasa de interés es elevada, genera un aumento excesivo del monto de la deuda (como consecuencia de la progresión del *interés compuesto*, que no es proporcional como en cambio lo es la progresión del interés simple, sino que es “exponencial”), y lo hace de un modo sorpresivo para la normal previsión del deudor, pues éste normalmente no imagina el grado de incremento que resulta como consecuencia de aplicar muchas sucesivas capitalizaciones de la suma de capital e interés, que es un incremento de ritmo cada vez mayor.

Además, la norma que impugnamos está en contradicción con la regla general sobre anatocismo o interés compuesto que contiene el mismo Proyecto: “Los intereses devengan intereses sólo si: a) una cláusula expresa autoriza la acumulación de los intereses al capital con una periodicidad *no inferior a tres (3) meses* [...]” (art. 770).

Si la regla general sobre tasa en el anatocismo es de capitalización en periodos no inferiores a tres meses, ¿por qué en el caso de la cuenta corriente bancaria se establece por ley que sea en periodos de un mes? ¿por qué se lo hace precisamente en la operación de adelanto en cuenta corriente, que es la operación de préstamo que generalmente tiene la tasa de interés más alta que cualquier otra operación de crédito?

Al respecto, Gustavo Rapalini, en Audiencia Pública celebrada con el fin de acercar observaciones sobre el Proyecto de Código a la Comisión Bicameral citó

oportunamente ³⁶ la reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, emitida hace pocos meses, en que revocara el fallo de la Cámara de Apelaciones que había admitido la capitalización mensual de intereses que importó un despojo del deudor, pues siendo la deuda originaria (saldo deudor de cuenta corriente bancaria) de \$ 53.170, el monto ascendió a \$ 1.150.000, como consecuencia de la capitalización en periodos mensuales pactada por las partes conforme al art. 795 C. de C., desde setiembre de 1994 hasta agosto de 2009 (con la actualización para neutralizar la inflación, la deuda habría ascendido a \$ 150.000, dijo el alto tribunal) ³⁷. Esta periodicidad mensual, que la Corte Suprema en sentencia reciente consideró abusiva a pesar de que había sido estipulado en el contrato, en el Proyecto se pretende instituir como regla legal para el caso de que el contrato no exprese la periodicidad.

³⁶ Cfr. Gustavo Germán Rapalini, su ponencia en la Audiencia Pública de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial, en La Plata, 13/9/12.

³⁷ C.S.J.N., 12/6/2012, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Cohen, Rafael y otro”.

53) PRESUNCIÓN DE INTERESES COMPENSATORIOS EN EL MUTUO CIVIL, CONTRARIA A LA USUAL INTENCIÓN DE LAS PARTES

Texto del Proyecto:

Art. 1527 – **Onerosidad.** El mutuo es *oneroso*, excepto pacto en contrario.

Modificación propuesta:

En el art. 1527 reemplazar el término “oneroso” por el término “gratuito”.

Fundamento

Respecto de los contratos de préstamo civiles la ley vigente en nuestro país establece la regla contraria a la que contiene el Proyecto: “No habiendo convención expresa sobre intereses, el mutuo *se supone gratuito*, y el mutuante sólo podrá exigir los intereses moratorios, o las pérdidas e intereses de la mora” (art. 2248 C.C.) . En cambio, para el mutuo mercantil, esto es, el que se concierta con bancos o entidades financieras, o el que se celebra entre comerciantes con un fin mercantil, la doctrina ha interpretado que se presume oneroso, por aplicación del precepto del art. 218 inc. 5° del Código de Comercio (“Los actos de los comerciantes nunca se presumen gratuitos”).

Aunque es loable que en el nuevo Código proyectado se elimine el doble régimen (civil y comercial) que hoy existe en el derecho argentino para diversos contratos, entre ellos el mutuo, es necesario en ciertos supuestos puntuales establecer una regla diferente para una relación jurídica, según sea civil o mercantil. Esto sucede en el caso de los intereses en el préstamo de dinero. El Proyecto expresa la presunción de onerosidad para todo mutuo; pero la verdad es que en los tan comunes préstamos entre familiares o entre amigos o entre socios, etc., es contrario a la real voluntad de las partes que se devenguen intereses compensatorios, si ellas nada dijeron al respecto. El Proyecto hace una inadecuada extrapolación del principio de que los actos de los comerciantes se presumen onerosos, al préstamo civil de dinero.

Está bien que se unifique en general el régimen de las obligaciones y los contratos, que ahora es un régimen doble sin gran utilidad. Pero, no obstante la conveniente unificación, hay ciertas situaciones en las que es justo que haya soluciones diferentes según que el acto sea realizado dentro del comercio de productos o servicios o que sea realizado en las meras relaciones civiles, y por tanto la ley debe disponer soluciones distintas.

54) CONTRATO DE MUTUO: SE LEGALIZA CLÁUSULA QUE PERMITE LA SOCIEDAD LEONINA Y QUE PERMITE EVADIR EL CONTROL JUDICIAL DE LOS INTERESES USURARIOS

Texto del Proyecto:

Art. 1531 – **Aplicación de las reglas de este Capítulo.** Las reglas de este capítulo se aplican aunque el contrato de mutuo tenga cláusulas que establezcan que:

a) *la tasa de interés consiste en una parte o un porcentaje de las utilidades de un negocio o actividad, o se calcula a una tasa variable de acuerdo con ellos;*

b) el mutuante tiene derecho a percibir intereses o a recuperar su capital sólo de las utilidades o ingresos resultantes de un negocio o actividad, sin derecho a cobrar-se de otros bienes del mutuario;

c) el mutuario debe dar a los fondos un destino determinado.

Modificación propuesta:

Eliminar el inciso a) del art. 1531.

Fundamento

El pacto que en el art. 1531 inc. a) del Proyecto se autoriza insertar dentro del contrato de mutuo vulnera un principio general del derecho societario, que está plasmado en reglas concretas del actual Código Civil y de la Ley de Sociedades vigente: el principio de que en toda sociedad todo socio debe contribuir con las pérdidas, en caso que las haya³⁸.

El pacto que se pretende autorizar en el Código que se proyecta, prohibido en el régimen legal argentino actual, es una de las modalidades del contrato de “sociedad leonina” (denominación ya usada por los jurisconsultos del antiguo derecho romano³⁹).

³⁸ “Son *nulas* las estipulaciones siguientes: 1º) que alguno o algunos de los socios [...] sea liberado de contribuir a las pérdidas; 2º) que al socio o socios capitalistas se le restituyan los aportes con un premio designado, o con sus frutos, o con una cantidad adicional, haya o no ganancias” (Ley de Sociedades, 19.550, art. 13).

“Será *nula* la sociedad que diese a uno de los socios todos los beneficios, o que lo libertase de toda contribución a las pérdidas [...]” (art. 1652 C.C.).

“Serán *nulas* las estipulaciones siguientes: [...] 3º) que al socio o socios capitalistas se le ha de restituir sus partes con un premio designado, o con sus frutos, o con una cantidad adicional, haya o no ganancias; 4º) asegurar al socio capitalista, su capital o las ganancias eventuales; 5º) estipular en favor del socio industrial una retribución fija por su trabajo, haya o no ganancias” (art. 1653 C.C.).

³⁹ Cfr. *Digesto* L. 17, tít. 2, frag. 29, § 2.

En el Anteproyecto de Código Civil argentino de 1954, elaborado en el contexto de la concepción de la justicia social, el contrato de sociedad en el cual se libere a uno de los socios de toda contribución en las pérdidas es nulo. Ello se puso, machaconamente, en cuatro incisos ⁴⁰.

El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 que examinamos, por el contrario, permite este pacto dentro del contrato de mutuo. Con ello se permite tanto la “sociedad leonina” como la usura en el préstamo, ambas cosas reprobadas por la doctrina y por preceptos específicos del sistema legal. Porque esta clase de pacto importa sustraer el importe de los intereses al control de su justicia, o sea, a la regla de la justicia conmutativa. Hace, por tanto, inaplicable la facultad que el Proyecto reconoce a los jueces de reducir los intereses “cuando su tasa excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero” (art. 771).

Además, si se aprueba el Proyecto con el texto del art. 1531 inc. a), el régimen legal contendrá una contradicción normativa, pues la Ley de Sociedades en su art. 13, que no ha sido modificado por la Comisión redactora (que sí ha modificado en su Proyecto muchas otras reglas de la Ley de Sociedades), dispone: “Son *nulas* las estipulaciones siguientes: 1º que alguno o algunos de los socios [...] sea liberado de contribuir a las pérdidas; 2º que al socio o socios capitalistas se le restituyan los aportes con un premio designado, o con sus frutos, o con una cantidad adicional, haya o no ganancias”.

En suma, el inciso a) del art. 1531 del Proyecto debe ser suprimido, porque a) importa un contrato inicuo, que permite el fraude a la ley, disfrazando de mutuo un contrato de sociedad leonina; b) impide el control judicial del importe de los intereses que, conforme a la tradición jurídica argentina, el mismo Proyecto establece en el art. 771; c) se contradice con el art. 13 incs. 1º y 2º de la Ley de Sociedades en el tenor que tienen conforme al mismo Proyecto.

⁴⁰ Art. 1152, incs. 3, 4, 5 y 6.

55) DONACIÓN: LA TRADICIÓN EN LA DONACIÓN MANUAL

Texto del Proyecto:

Art. 1554 – **Donación manual.** Las donaciones de cosas muebles no registrables y de títulos al portador *deben* hacerse por la tradición del objeto donado.

Modificación propuesta:

Debe enmendarse el texto del art. 1554, de modo que quede así:

La donación de cosas muebles no registrables o de títulos al portador *puede* hacerse sin un acto escrito, mediante la sola entrega de la cosa o del título al donatario.

Fundamento

El texto del art. 1554 del Proyecto dice que para que exista contrato de donación de una cosa mueble no registrable o de un título al portador debe entregarse la cosa o el título al donatario (Lo cual significa que la donación de tales cosas, v. gr. el mobiliario de una casa, o un lote de libros, o un conjunto de herramientas o un pagaré al portador) que se formalice en un instrumento escrito, o incluso en una escritura pública, sin que antes o simultáneamente se entregue la cosa, no constituye una donación válida. Esto es absurdo. Hay que entender que se quiso decir otra cosa: Que en el caso de las cosas muebles no registrables y de los títulos al portador, para que haya contrato de donación civilmente válido no se exige que éste se realice en escritura pública (como en cambio se exige para el caso de donación de cosa inmueble o de cosa inmueble registrable, bajo pena de nulidad, art. 1552 del Proyecto).

Además, si se deja el art. 1554 con el tenor que tiene en el Proyecto, la donación manual sería un “contrato real” en el régimen del Proyecto; pero al definirse en el art. 1542 la donación se caracteriza categóricamente como un “contrato consensual” y no como un “contrato real”. Más aun: Se ha eliminado la distinción entre contratos reales y contratos consensuales en el régimen del Proyecto, pues no hay más contratos reales (Libro III, Título II, cap. 2, de clasificación de los contratos, arts. 966 ss.; *Fundamentos* que preceden el Proyecto, L. III, Tít. IV, n° VII).

56) DONACIÓN: DESDE CUÁNDO ES EXIGIBLE LA ENTREGA DE LA COSA

Texto del Proyecto:

Art. 1555 – **Entrega.** *El donante debe entregar la cosa desde que ha sido constituido en mora.* En caso de incumplimiento o mora, sólo responde por dolo.

Modificación propuesta:

Suprimir la primera oración del art. 1555, de modo que quede así:

Fundamento

En el texto objetado se ha confundido el momento en que es exigible la obligación de dar del donante y el momento en que comienza la mora y por ende, las consecuencias jurídicas de ésta.

El donante debe entregar la cosa inmediatamente si la obligación carece de plazo, o cuando se cumpla el plazo, si su obligación es a plazo. El momento en que se produce la mora, en cambio, depende de la clase de plazo, conforme a los arts. 886 y 887 del mismo Proyecto.

Además, si se pretendiera aplicar el art. 1555 del Proyecto en su primer enunciado, en el caso de las tan comunes obligaciones con plazo tácito relativamente indeterminado (previstas en el art. 887 inc. a) del Proyecto y en el art. 509, 2º párr. del actual Código Civil), ello sería imposible porque se generaría un círculo vicioso: Para que el donante deba entregar la cosa tiene que estar constituido en mora, según el art. 1555 en su enunciado 1º, pero para constituirlo en mora se requiere interpellarlo después que se cumpla el plazo para que deba entregar la cosa, según el art. 887 inc. a).

57) DONACIÓN: REVOCACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LOS CARGOS

Texto del Proyecto:

Art. 1570 – **Incumplimiento de los cargos.** La donación puede ser revocada por incumplimiento de los cargos.

La revocación no perjudica a los terceros en cuyo beneficio se establecen los cargos.

Los terceros a quienes el donatario transmite bienes gravados con cargos sólo deben restituirlos al donante, al revocarse la donación, si son de mala fe; pero pueden impedir los efectos de la revocación ofreciendo ejecutar las obligaciones impuestas al donatario si las prestaciones que constituyen los cargos no deben ser ejecutadas precisa y personalmente por aquél. El donatario que enajena los bienes donados, o imposibilita su devolución por su culpa, debe resarcir al donante el valor de las cosas donadas al tiempo de promoverse la acción de revocación, con sus intereses.

Modificación propuesta:

Sustituir en el párrafo final del art. 1570 el texto que dice: “Los terceros a quienes el donatario transmite bienes gravados con cargos sólo deben restituirlos al donante, al revocarse la donación, si son de mala fe” por el texto siguiente:

“Los terceros a quienes el donatario transmite bienes gravados con cargos o constituye hipotecas, servidumbres u otros derechos reales sobre bienes gravados con cargos, sólo deben restituirlos al donante, al revocarse la donación, si son bienes inmuebles, y en el instrumento público están expresadas las cargas impuestas por el donante o cuando el adquirente de los bienes donados conocía las cargas impuestas y sabía que no estaban cumplidas, sean los bienes muebles o inmuebles”.

Fundamento

El art. 1570 del Proyecto dispone el deber del tercero de restituir los bienes adquiridos del donatario si la donación es con cargo en caso de revocación de la donación por incumplimiento del cargo cuando tal tercero es de “mala fe”. Pero es incorrecto calificar como “mala fe” la conducta del tercero que adquiere un bien en tales circunstancias, pues tiene derecho de hacerlo. Lo decisivo es que el tercero haya conocido en el momento de la adquisición que había cargos que gravaban la cosa o que haya podido conocerlo porque ello constaba en el instrumento público en que se había formalizado la donación.

58) DONACIÓN: CAUSALES PARA LA REVOCACIÓN POR INGRATITUD DEL DONATARIO

Texto del Proyecto:

Art. 1571 – **Ingratitud.** Las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud del donatario en los siguientes casos:

- a) si el donatario atenta contra la vida o la persona del donante, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes;
- b) si injuria gravemente a las mismas personas o las afecta en su honor;
- c) si las priva injustamente de bienes que integran su patrimonio;
- d) si rehúsa alimentos al donante.

En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al donatario le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal.

Modificación propuesta:

En el inciso c) del art. 1571 agregar la frase “*o si causa dolosamente daño a un bien del donante*”.

Fundamento

Puede suceder que el donatario arruine o deteriore dolosamente una cosa valiosa del donante, sin que ello sea privarlo de la cosa, que es el supuesto previsto en el inciso c). Así por ejemplo si incendia de modo intencional, siquiera parcialmente, un inmueble o un rodado. El hecho puede ser tanto o más grave, en los aspectos subjetivo y objetivo, que el hecho previsto en el inciso c) en el texto del Proyecto.

59) DONACIÓN: LEGITIMADOS ACTIVOS DE LA ACCIÓN DE REVOCACIÓN POR INGRATITUD

Texto del Proyecto:

Art. 1573 – **Legitimación activa.** *La revocación de la donación por ingratitud sólo puede ser demandada por el donante contra el donatario, y no por los herederos de aquél ni contra los herederos de éste.* Fallecido el donante que promueve la demanda, la acción puede ser continuada por sus herederos; y fallecido el demandado, puede también ser continuada contra sus herederos.

La acción se extingue si el donante, con conocimiento de causa, perdona al donatario o no la promueve dentro del plazo de caducidad de un (1) año de haber sabido del hecho tipificador de la ingratitud.

Modificaciones propuestas:

A) Reemplazar la primera oración del art. 1573 por el texto siguiente: *“La revocación de la donación por ingratitud también puede ser demandada por los herederos del donante, pero no puede ser demandada contra los herederos del donatario”*.

B) Agregar como tercer párrafo del art. 1573 el texto siguiente: *“La revocación de la donación por causa de ingratitud, no tiene efecto contra terceros respecto de las enajenaciones hechas por el donatario, hipotecas u otros derechos reales que haya constituido sobre los bienes donados, antes de serle notificada la demanda”*.

C) Agregar como cuarto párrafo del art. 1573 el texto siguiente: *“El donatario está obligado no sólo a restituir todos los bienes donados que él posea, sino también a indemnizar al donante el valor de los que hubiese enajenado, e indemnizarlo por las hipotecas y otras cargas reales con que los hubiese gravado, sea por título oneroso o gratuito”*.

Fundamento

A) El Proyecto, a diferencia del régimen del actual Código Civil (art. 1864), deniega la acción de revocación por ingratitud a los herederos del donante. Pero con tal regla se hace inaplicable la revocación por ingratitud en el más grave de todos los supuestos, el caso de que el donatario haya atentado contra la vida del donante y le haya causado la muerte (supuesto previsto en el art. 1571 inc. a) del Proyecto).

Además, si el donatario comete actos injuriosos contra la memoria del donante después de la muerte de éste, incluso falsas imputaciones de delitos que el donante

no hubo cometido, ello quedaría sin consecuencias jurídicas respecto de la donación, según las normas del Proyecto ⁴¹.

B) En el Proyecto falta norma que determine si la revocación de la donación por causa de ingratitud tiene efectos respecto de los terceros adquirentes del dominio o de cualquier otro derecho real sobre los bienes donados, por lo cual se ha dejado una laguna que importa inseguridad jurídica. Proponemos llenar tal vacío con la regla que al respecto contiene el actual Código Civil, en el art. 1866.

C) Falta asimismo en el Proyecto la consecuencia jurídica para el caso de que el donante no pueda recuperar la cosa donada porque el donatario la hubo enajenado y para el caso de que la cosa se encuentre hipotecada o gravada por servidumbre, etc. Proponemos integrar dicha laguna normativa con la regla que contiene sobre el supuesto el actual Código Civil, en el art. 1867.

⁴¹ Observación de Marcos Elía, *El tratamiento del contrato de donación*, El Derecho, Buenos Aires, 9/11/2012, p. 3.

60) FIANZA: SE HA OMITIDO REGULAR SUS EFECTOS EN CASO DE AFIANZARSE UNA OBLIGACIÓN QUE NO ES CIVILMENTE VÁLIDA

Texto del Proyecto:

Art. 1576 – **Incapacidad del deudor.** El fiador no puede excusar su responsabilidad en la incapacidad del deudor.

Modificación propuesta:

Agregar como segundo párrafo del art. 1576 el siguiente enunciado:

“La fianza constituida para garantizar una obligación cuyo pago no puede exigirse en juicio es civilmente válida”.

Fundamento

En el Proyecto no hay regla que indique si es civilmente exigible o no la fianza convenida en garantía de una obligación que no sea civilmente exigible. Al respecto el Proyecto solamente ha previsto el caso particular de que se otorgue fianza para una obligación en que el deudor es persona incapaz para obligarse, en el art. 1576. Pero deja incertidumbre respecto de otros supuestos de afianzamiento de obligaciones no exigibles civilmente, por ej. si se afianzan obligaciones nacidas de un acto al cual le falta la forma que la ley exige para que produzca efectos civiles. En cambio, el Código Civil actual dispone la solución jurídica para todos los casos en que se garanticen obligaciones que no sean exigibles civilmente, en el art. 1993, el cual dispone que en tales casos la obligación del fiador es civilmente exigible.

Con respecto al régimen del Proyecto en este punto, quien deba interpretar y aplicar el derecho puede razonar del modo siguiente: la obligación accesoria sigue la suerte de la obligación principal (y así lo dispone el art. 857 del Proyecto; la nulidad o ineficacia de la obligación principal acarrear la nulidad o ineficacia de la obligación accesoria); por tanto, si la obligación que se quiso afianzar carece de validez civil, la fianza también carece de validez civil. Pero también puede hacerse interpretación que lleve al resultado contrario: el Proyecto, en el art. 803 establece: “La cláusula penal tiene efecto, aunque sea puesta para asegurar el cumplimiento de una obligación que al tiempo de concertar la accesoria no podía exigirse judicialmente, siempre que no sea reprobada por la ley”; por aplicación analógica de esta regla prevista para la cláusula penal al supuesto no previsto de la fianza, que es un medio de garantía como lo es la cláusula penal, se concluye que la fianza es civilmente eficaz cuando es puesta para asegurar el cumplimiento de una obligación que no puede exigirse judicialmente. En conclusión, en el Proyecto existe inseguridad jurídica en este punto.

61) FIANZA: SE HA OMITIDO REGULAR LOS EFECTOS EN CASO DE QUE EL ACREEDOR SEA OMISO O NEGLIGENTE EN LA EXCUSIÓN

Texto del Proyecto:

Art. 1583 – **Beneficio de excusión.** El acreedor sólo puede dirigirse contra el fiador una vez que haya excutido los bienes del deudor. Si los bienes excutidos sólo alcanzan para un pago parcial, el acreedor sólo puede demandar al fiador por el saldo.

Modificación propuesta:

Agregar el párrafo siguiente en el art. 1583: “Si el acreedor es omiso o negligente en la excusión, y el deudor cae entretanto en insolvencia, cesa la responsabilidad del fiador”.

Fundamento

En el Proyecto se ha omitido esta regla, que expresa la consecuencia equitativa para el supuesto, y que contiene el Código Civil actual en el art. 2018.

62) FIANZA: REGULACIÓN INSUFICIENTE DE LA OPOSICIÓN DE EXCEPCIONES POR EL FIADOR CONTRA EL ACREEDOR

Texto del Proyecto

Art.1593 – **Aviso. Defensas.** El fiador debe dar aviso al deudor principal del pago que ha hecho. El deudor puede oponer al fiador que paga sin su consentimiento todas las defensas que tenía contra el acreedor; y si el deudor ha pagado al acreedor antes de tener conocimiento del pago hecho por el fiador, éste sólo puede repetir contra el acreedor.

Modificación propuesta:

Agregar los párrafos siguientes en el art. 1593:

El fiador no podrá exigir del deudor el reembolso de lo que hubiese pagado, si dejó de oponer las excepciones que no fuesen personales o suyas propias, que sabía tenía el deudor contra el acreedor, o cuando no produjo las pruebas, o no interpuso los recursos pertinentes contra la acción del acreedor.

Si el fiador ha pagado sin haber sido demandado, y sin dar conocimiento al deudor, no podrá repetir lo pagado, si el deudor probase que al tiempo del pago, tenía excepciones que extinguían la deuda.

Fundamento

Los supuestos que se mencionan en los dos párrafos de la propuesta de enmienda no están previstos en el Proyecto. Corresponde introducir para ellos las soluciones que les atribuye el actual Código Civil en los arts. 2034 y 2035, pues son la manera razonable de regularlos.

63) FIANZA: EFECTOS DE LA INSOLVENCIA DE UNO DE LOS COFIADORES

Texto del Proyecto:

Art. 1595 – **Subrogación.** El cofiador que cumple la obligación accesoria en exceso de la parte que le corresponde, queda subrogado en los derechos del acreedor contra los otros cofiadores.

Si uno de ellos resulta insolvente, la pérdida es soportada por todos los cofiadores, incluso el que realiza el pago.

Modificación propuesta:

Reemplazar el 2º párrafo del art. 1595 por el texto siguiente: “Si uno de ellos resulta insolvente, y *son cofiadores solidarios*, la pérdida es soportada por todos los cofiadores, incluso el que realiza el pago; *pero si son cofiadores no solidarios*, la pérdida es soportada por el acreedor”.

Fundamento

El 2º párrafo del art. 1595 expresa una regla para el caso de insolvencia, sin distinguir el caso de que los cofiadores se hayan obligado como cofiadores solidarios, del caso de que cada uno de ellos se haya obligado como simple fiador. Cuando la fianza no es solidaria, cada fiador goza del beneficio de división, por el cual cada uno responde exclusivamente por una parte de la deuda (art. 1589) y por consiguiente no tiene que hacerse cargo de la parte del cofiador insolvente.

64) CONTRATOS DE JUEGO: INSUFICIENTE CARACTERIZACIÓN DEL OBJETO. CONTRATO DE APUESTA: SE OMITE SU CARACTERIZACIÓN

Texto del Proyecto:

Art. 1609 – **Concepto.** Hay contrato de juego si dos (2) o más partes compiten en una actividad de destreza física o intelectual, aunque sea sólo parcialmente, obligándose a pagar un bien mensurable en dinero a la que gane.

Modificación propuesta:

Reemplazar el texto del art. 1609 por el siguiente:

Art. 1609 – **Concepto.** Hay contrato de juego si dos (2) o más partes compiten en una actividad que sea total o parcialmente de destreza física o intelectual, obligándose a dar una suma de dinero, dar una cosa o realizar una obra o servicio a la que gane.

Hay contrato de apuesta si dos personas que hacen aseveraciones contrarias sobre cualquier materia, conviniesen que aquella cuya aseveración sea correcta, recibirá de la otra una suma de dinero, o cualquier otro objeto determinado.

Fundamento

1) El concepto de contrato de juego que se intenta expresar en el art. 1609 del Proyecto contiene las siguientes deficiencias:

a) El adverbio “parcialmente” aparece como adverbio del verbo “compiten”, con lo cual dice que hay contrato de juego cuando las partes “compiten parcialmente”. En realidad se ha querido decir que el contrato de juego que aquí se regula es el juego que no sea de azar, sino de habilidad intelectual o física, y también el juego que sea *en parte* un juego de azar y *en parte* un juego de habilidad, y se excluye el juego de puro azar, respecto del cual no se admite acción para obtener coactivamente el pago de lo ganado (art. 1611 del Proyecto).

b) Con respecto a la obligación que surge de esta clase de contrato, el art. 1609 la restringe indebidamente a “pagar un bien mensurable en dinero a la que gane”. Es necesario corregir esto, porque el objeto puede ser también una suma dineraria o un hecho. Y también puede ser una cosa o hecho que no sea mensurable en dinero, contrariamente a lo que exige erróneamente el art. 1109 del Proyecto (por ej. la obtención del título de campeón de un deporte, destreza o juego intelectual, v. gr. ajedrez).

2) En el Proyecto el capítulo 25 dentro del título de los contratos en particular se denomina “Contrato de juego y apuesta”. En el primer artículo de dicho capítulo se

expresa una definición del contrato de juego, pero en ningún artículo se define el contrato de apuesta. Además, se dan varias reglas para el contrato de juego, pero no se ha puesto ninguna para el contrato de apuesta. En la propuesta de modificación que hacemos, se agrega como segundo párrafo del art. 1609 el concepto de contrato de apuesta; sus términos son semejantes a los que emplea el actual Código Civil, que define este contrato en el art. 2053; hemos modificado el texto de éste, pues donde el Código de Vélez dice “opiniones contrarias” hemos puesto “aseveraciones contrarias”.

65) CONTRATOS DE JUEGO Y DE APUESTA DE PURO AZAR: DOLO

Texto del Proyecto:

Art. 1611 – **Juego y apuesta de puro azar.** No hay acción para exigir el cumplimiento de la prestación prometida en un juego de puro azar, esté o no prohibido por la autoridad local.

Si no está prohibido, lo pagado es irrepitable. Sin embargo, es repetible el pago hecho por persona incapaz, o con capacidad restringida, o inhabilitada.

Modificaciones propuestas

A) Agregar en el epígrafe el enunciado “Dolo en el juego y en la apuesta”, de modo que quede así: “Art. 1611 – Juego y apuesta de puro azar. Dolo en el juego y en la apuesta”.

B) Agregar el siguiente enunciado al segundo párrafo del art. 1611: “También es repetible en el caso en que hubiese dolo o fraude de parte del que ganó en el juego o apuesta”.

C) Agregar el párrafo siguiente al art. 1611:

“Hay dolo en el juego o apuesta, cuando el que ganó tenía certeza del resultado, o empleó algún artificio para conseguirlo”.

Fundamento

A) y B) La irrepitibilidad de lo pagado en el juego no puede amparar al jugador que hizo trampa. En el Proyecto se ha olvidado la regla respectiva, que existe en el actual Código Civil, en el art. 2064.

C) En lo que concierne a la apuesta, el fundamento por el cual es legítimo que el ganador reciba la ganancia pactada, es la aleatoriedad del resultado, o sea que ambos en el momento de acordar la apuesta crean que tienen cierta probabilidad de ganar; pero si uno de ellos tiene la certeza objetiva del resultado, éste ya no es aleatorio. Por ello el actual Código Civil dispone que en este caso no hay derecho de cobrar lo convenido en la apuesta (art. 2064).

66) SE HA OMITIDO LA REGLA QUE ESTABLECE LA INDIVISIBILIDAD DE LA TRANSACCIÓN

Texto del Proyecto:

Art. 1645 – **Nulidad de la obligación transada.** Si la obligación transada adolece de un vicio que causa su nulidad absoluta, la transacción es inválida. Si es de nulidad relativa, las partes conocen el vicio, y tratan sobre la nulidad, la transacción es válida.

Modificación propuesta:

Añadir un segundo párrafo al art. 1645 con la norma siguiente:

“Cualquier cláusula de la transacción que sea nula o que se anulase, deja sin efecto todo el acto de la transacción”.

Fundamento

El Código Civil de Vélez incluye la siguiente norma: “Las diferentes cláusulas de una transacción son indivisibles, y cualquiera de ellas que fuese nula, o que se anulase, deja sin efecto todo el acto de la transacción” (art. 834). El Codificador argentino cita como fuente de esta regla a Troplong y a Aubry y Rau. Varios códigos civiles americanos de las últimas décadas contienen una norma similar, por ej. el Código Civil de Perú de 1984 (art. 1310), el Código Civil de Paraguay de 1986 (art. 1498), el Código Civil de Brasil de 2002 (art. 848).

El Proyecto en examen no contiene un precepto semejante.

Como explica Troplong en su tratado sobre la transacción, “las partes no han transigido cláusulas independientes, sino condiciones correlativas unas de otras”; aclara que en algunos casos puede suceder que la intención de las partes sea que los diversos aspectos de la transacción sean independientes unos de otros, pero “en general esta intención no existe”⁴², y la regla debe darse para lo que sucede en la mayoría de los casos. Expresa Federico Ossola en su artículo sobre la nulidad de las transacciones: “El hecho de que una cláusula (aunque sea sólo una) sea nula, trae aparejado el quiebre del equilibrio al que las partes arribaron en la composición (a veces muy trabajosa) de sus intereses. Si se nos permite el parangón, la transacción – para ambas partes– consiste en un conjunto de pesas puesto por cada una de ellas en su lado de la balanza, hasta lograr el equilibrio que ellas buscan y termina por satisfacerlas. Por efecto de la declaración de nulidad una de esas «pesas» (la cláusula nu-

⁴² Cfr. Raimundo T. Troplong, *Des transactions*, n° 133, en *Le Droit Civil suivant l'ordre des articles du Code*, T. XVII. *Du cautionnement et des transactions*.

la) debe ser retirada: consecuentemente el equilibrio se rompe”⁴³. A esto hay que añadir que la importancia del contenido de una cláusula en el conjunto del intercambio de concesiones suele ser incierta porque precisamente en la transacción, de modo esencial, es incierto el derecho que cada una de las partes tenía respecto del objeto u objetos de la controversia, o al menos es incierto el reconocimiento del derecho que cada uno podía obtener en la sentencia que pusiera fin al proceso judicial iniciado o eventual.

Por lo expuesto, debe introducirse en el nuevo Código que se instituya una regla semejante al art. 834 del actual Código Civil.

De todos modos, como lo ha reconocido la doctrina en el régimen actual, en los casos excepcionales en que sea manifiesta la escasa importancia de la cláusula nula o anulada respecto de la totalidad del negocio jurídico, deberá mantenerse la validez de la transacción; ello se resuelve así mediante la regla del “abuso de derecho”: deberá reputarse, en tales casos, que es “abuso del derecho” la pretensión de la nulidad total.

⁴³ Federico A. Ossola, *Nulidad de las transacciones y otras ineficacias*, Cuaderno de Obligaciones, n° 3, 2008, Córdoba, ps. 196 s.

67) CONTRATO DE CESIÓN DE USO DE BIENES EN EL RÉGIMEN DE “TIEMPO COMPARTIDO”: SE ELIMINAN IMPORTANTES DERECHOS QUE LE RECONOCE AL USUARIO LA LEY SOBRE LA MATERIA 26.356

[**Aclaración:** En el Proyecto el régimen del uso de cosas en el modo determinado “tiempo compartido” está regulado en uno de los capítulos del Título “Conjuntos inmobiliarios”, dentro del Libro Cuarto, sobre los Derechos Reales. Pero hemos incluido nuestras observaciones sobre esta institución en la sección que tratamos acerca del régimen de los contratos en particular en el Proyecto, porque nos referimos a derechos y obligaciones que nacen del contrato por el cual se constituye este modo de uso de la cosa, y que no es el derecho sobre la cosa, sino ciertos derechos crediticios, tales como el derecho a los servicios convenidos, el derecho a los intercambios vacacionales y la obligación de pagar los gastos por expensas y otros conceptos].

Texto del Proyecto:

Legislación complementaria – Art. 50 – “Deróganse los capítulos 3, 4, 5 y 9 de la ley 26.356”.

Modificación propuesta:

Reemplazar el texto del art. 50 de la Sección Legislación complementaria del Proyecto por el texto siguiente: “*Deróganse los capítulos 3, 4, 5 y 9 de la ley 26.356, excepto el art. 10 incisos b) 3, c) 2, c) 3 y c) 6, y excepto el art. 15 incisos k) y n)*”.

Fundamento

La protección que más interesa al usuario que adquiere el uso de una unidad en este sistema es A) que se le garantice la prestación de los diversos servicios convenidos y pueda realizar los intercambios pactados durante todo el tiempo en que tenga el uso de la unidad, B) que se le garantice que no perderá el uso de la unidad inmueble ni los disfrutes mencionados por causa de los derechos de terceros que fueren acreedores del empresario (el “emprendedor”, en la nomenclatura de la ley), por ej. por venta del inmueble o por quiebra del propietario o del emprendedor y C) que pueda conocer de antemano el costo total que deberá pagar cada año por todo concepto, así como las pautas conforme a las cuales se actualizarán o incrementarán tales pagos, de modo que ni el emprendedor ni el administrador determinen arbitrariamente los importes.

El régimen que se establece para esta relación jurídica en el Proyecto, en conjunción con diversas normas de la Ley 26.356 de los capítulos que no son derogados por el Proyecto, procuran proteger al usuario del riesgo mencionado en B) (así, en los arts. 2093 y 2101). Pero el Proyecto deja completamente desprotegido al usuario

con respecto a los abusos mencionados en A) y C). En cambio, la ley vigente 26.356, sancionada por el Congreso en 2008, en el art. 10 incisos b) 3, c) 2, c) 3 y c) 6, y en el art. 15 incisos k) y n), establece normas de protección al respecto, las cuales lamentablemente son derogadas por el Proyecto.

El aspecto mencionado en C) no es de menor importancia, pues se trata precisamente de la prestación principal que debe cumplir el usuario, que puede convertirse en un gravoso tributo que deberá pagar durante todo el tiempo en que conserve la unidad.

Según la experiencia de esta relación jurídica en inmuebles para uso vacacional, desde su creación hace casi cincuenta años hasta nuestros días, el más grave y más común abuso que se comete en perjuicio de los usuarios, tanto en nuestro país – donde se practica desde 1979– como en el extranjero es que se oculta en la etapa precontractual la suma total de los importes que se han de facturar en concepto de participación en el pago de las expensas comunes, las tarifas para acceder a los intercambios de unidades sitas en otras localidades y los demás gastos del sistema; tales importes después son fijados y aumentados arbitrariamente por el emprendedor o el administrador, en la prolongada relación que normalmente vincula a las partes.

Y en lo que respecta a los intercambios vacacionales convenidos, ellos suelen ser el principal incentivo que mueve al usuario a realizar este contrato.

El Proyecto, en el art. 50 de la Sección denominada “Legislación Complementaria”, dispone la derogación de los capítulos III, IV y IX de la Ley 26.356 de Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido, sancionada por el Congreso en 2008. Dentro del capítulo IV de dicha ley se contiene el art. 15, que indica el contenido que obligatoriamente debe tener este contrato bajo pena de nulidad; dentro de estos elementos, se exige allí que se indique en el contrato “la proporción que corresponde al usuario para el pago de los gastos del sistema de tiempo compartido. Cuando se escogiese el procedimiento de ajuste alzado relativo, se consignará el monto estipulado y el plazo de vigencia” (art. 15 inc. k) y también que allí se indique “si el sistema de tiempo compartido cuenta con un programa interno de intercambio y si se encuentra afiliado a alguna red de intercambio, consignando en tal caso su nombre, domicilio y sede, en su caso. Si se suscribiera simultáneamente el contrato entre la red de intercambio y el futuro usuario, deberá dejarse constancia de la recepción de un ejemplar del mismo por éste” (art. 15 inc. n).

Dentro del capítulo III de la mencionada ley está el art. 10, que dispone: “Contenido de la escritura. La escritura de constitución hará constar la expresión de voluntad del emprendedor y del propietario en su caso, de afectar determinados bienes a un sistema de tiempo compartido y expresamente deberá contener:

a) 3. La indicación de los factores objetivos mediante los cuales se determinará la proporción de gastos correspondientes a cada usuario. Si se tratare de inmuebles en construcción, deberán consignarse las variaciones proporcionales a la habilitación de las distintas etapas de la obra. Si el emprendedor optare por ofrecer la prestación

del servicio de administración y mantenimiento por el sistema de ajuste alzado relativo, deberá consignarse el plazo de vigencia, durante el cual no podrán aumentarse los montos, debiendo especificarse claramente los rubros no cubiertos y el sistema a utilizarse una vez expirado dicho plazo;

b) 3. El procedimiento para solicitar disponibilidades para los usuarios de períodos de uso flotantes y por puntos;

c) 2. Los rubros que conforman los gastos del STTC o, en su caso, las reglas para su individualización;

c) 6. La individualización de aquellos servicios que requerirán pagos adicionales al momento de su utilización;

Dentro del Proyecto, se deroga todo el capítulo III de la Ley 26.356 de Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido, donde está incluidas precisamente estas normas.

En el Proyecto se incluyen reglas acerca del deber del usuario de pagar las cuotas del sistema, del fondo de reserva y “todo gasto que se le impute” (art. 2095), y para cobrarlos se le otorga fuerza ejecutiva al certificado que al respecto emita el administrador del sistema (art. 2098), pero no se incluye ninguna norma que reconozca los derechos del usuario respecto del importe de las cuotas y gastos, de los pagos adicionales que se le exijan, y del modo de acceder a los intercambios vacacionales, y se derogan todas las reglas que la Ley 26.356 contiene al respecto.

68) SANCIONES PECUNIARIAS DISUASIVAS” (O “PUNITIVE DAMAGES”): ASPECTOS DE SU REGULACIÓN QUE LAS TORNAN CASI INAPLICABLES EN LOS HECHOS, ESPECIALMENTE EN EL CASO DE DAÑOS A CONSUMIDORES

Textos del Proyecto:

“Art. 1714 – **Sanción pecuniaria disuasiva.** El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva mencionados en el art. 14 inciso c). Pueden pedirla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”.

Legislación complementaria. Sustitúyase el art. 52 bis de la ley 24.240 modificada por la ley 26.361 por el siguiente: “El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la grave-

dad de la conducta del sancionado, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada [...]”.

Modificación propuesta:

A) Sustituir el texto del art. 1714 por el texto siguiente (*Se indican en letra cursiva las partes que proponemos modificar en el tenor del Proyecto*):

Art. 1714 – **“Sanción pecuniaria disuasiva.** El juez tiene atribuciones para aplicar a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa *con dolo o culpa grave en perjuicio* de derechos de incidencia colectiva mencionados en el art. 14 inciso c), *así como al principal por acciones de tal clase realizados por sus directores, administradores, representantes o dependientes.* Pueden pedirla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.

No es asegurable el riesgo de ser condenado a pagar estas sanciones”.

B) Modificar el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, de modo que quede el texto siguiente (*Se indican en letra cursiva negrita las partes que proponemos modificar del texto del Proyecto*):

“Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa *con dolo o culpa grave en perjuicio del consumidor, así como al principal por acciones de tal clase realizados por sus directores, administradores, representantes o dependientes.* Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

El importe de la multa debe entregarse al consumidor; pero el juez puede asignar otro destino a una parte del importe, mediante resolución fundada.

No es asegurable el riesgo de ser condenado a pagar estas sanciones [...]”.

Fundamento

Primera observación: El requisito de “actuar con grave menosprecio” (exigencia de dolo) para que sean aplicables las sanciones pecuniarias disuasivas

Las normas proyectadas exigen “actuar con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva” (art. 1714) o “actuar con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor” (reforma que hace el Proyecto de la L.D.C., art. 52 bis) para ser pasible de esta sanción pecuniaria disuasiva.

Las categorías con que se califica la conducta, a los fines de atribuir responsabilidad civil, en nuestras leyes, en la jurisprudencia argentina y en la doctrina han sido y son siempre dos: el dolo y la culpa (y en algunos casos, en ciertas relaciones contractuales, la ley hace distinción entre culpa grave y culpa leve). La norma proyectada utiliza la expresión “grave menosprecio” hacia los derechos ajenos, expresión que no existe en ninguna parte de la legislación argentina ni en la jurisprudencia del país ni en la doctrina de nuestros juristas para la calificación de la conducta en la responsabilidad civil.

Esta nomenclatura extraña a nuestro sistema jurídico tampoco se encuentra en ninguna otra norma del Proyecto, en el cual siempre se emplean los vocablos “culpa” o “dolo”, excepto para la institución de que ahora tratamos.

¿Qué significa esta categoría “actuar con grave menosprecio” de los derechos ajenos, que trae el art. 1.714 del Proyecto?, ¿equivale al dolo?, ¿es una especie de dolo?, ¿es un grado de la culpa? ¿Por qué los autores del Proyecto quisieron apartarse de la nomenclatura constante e introdujeron esta denominación? Si el intérprete quiere superar esta incertidumbre y se remite al significado de “menosprecio” en el idioma, tiene que concluir que se trata de una conducta intencional, que además incluye una actitud íntima de desvaloración y desdén de la persona del prójimo o de sus cosas. El Diccionario de la Real Academia Española define el término “menosprecio” como “desprecio” o “desdén”⁴⁴.

Además, la norma del Proyecto que define el dolo como factor de atribución de responsabilidad dice que “el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta *indiferencia* por los intereses ajenos” (art. 1724). Si “menosprecio” es sinónimo de “indiferencia”, e incluso “menosprecio” es más que “indiferencia”, y la conducta de “indiferencia por los intereses ajenos” es dolo conforme al art. 1724 del Proyecto, entonces, en interpretación sistemática, si se exige “grave menosprecio” por los intereses ajenos para que sea aplicable la sanción pecuniaria disuasiva, se está exigiendo el *dolo* para ello, e incluso un *dolo agravado*, si se entendiera que “menosprecio” es más que “indiferencia”.

Si se tienen en cuenta los fines primordiales de esta institución (sancionar graves ilícitos en perjuicio de consumidores o usuarios y prevenir la realización de tales conductas dañosas), hay que concluir que no debe exigirse el dolo del infractor, sino que debe bastar la culpa o, si se quiere ser más restrictivo, la culpa grave.

⁴⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua*, Madrid, Espasa Calpe, 2002. El *Diccionario ideológico de la lengua española* de Julio Casares define el vocablo “menosprecio” como sigue: “hacer poco aprecio de una persona o cosa, tenerla por menos de lo que merece”.

Además, el dolo o el “grave menosprecio” en el incumplimiento de las obligaciones es a menudo algo imposible o muy difícil de probar en el caso de daños causados a consumidores con productos o servicios y en general en los incumplimientos de los proveedores para con los consumidores; pues se trata de un acto íntimo que a menudo no se exterioriza. Por tanto, si se aprueba el texto del art. 1714 y el texto semejante del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor con el tenor modificado por el Proyecto, esta sanción pecuniaria disuasiva será casi inaplicable.

Segunda observación: El destino de estas multas civiles

El art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor en su texto actual dispone, respecto del destino del importe de esta multa, que ella se aplicará “*a favor del consumidor*”. En cambio, el Proyecto en lo que concierne a este punto expresa: “La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada” (art. 52 bis según la modificación del Proyecto).

El principal motivo por el cual esta especie de sanción ha tenido real aplicación en la praxis forense estadounidense y ha cumplido allí eficacia preventiva es que el importe de la condena que dictan los tribunales o los jurados debe ser entregado al damnificado.

Con el régimen del actual art. 52 bis de la L. D. C. la suma dineraria la recibe la víctima, pero con ello se procura el bien público, pues el incentivo de percibir esta multa pecuniaria mueve al consumidor o usuario a emprender un litigio que de otro modo no emprendería, cuando se requieren pruebas técnicas arduas y costosas, o que son de éxito incierto en cuanto a demostrar el defecto del producto, el conocimiento que tenía el proveedor acerca de su dañosidad o de la culpa en la fabricación, etc., o cuando la mera indemnización del perjuicio resultaría muy desproporcionada con los costos económicos, de tiempo y de energía que exige iniciar y proseguir un proceso judicial (por ej. cuando se trata de “microlesiones”, o sea de un menoscabo poco grave para cada damnificado particular, pero del que resulta una ganancia global elevada para el productor infractor). Se ve así justo que quien invierte dinero, se esfuerza y se arriesga en un pleito cuya sentencia puede beneficiar no sólo su interés, sino el interés general, resulte recompensado. Así, en algunos casos esta suma dineraria servirá para satisfacer y compensar al particular que hubo adelantado el dinero para los gastos, por la privación de liquidez y por el riesgo de no recuperar lo invertido, y aún de tener que pagar las costas, si la petición de *punitive damages* fuere denegada y el tribunal reputare que no tuvo motivos para creerse con derecho al reclamo.

Si la ley dispone que el importe de la condena sea para el Estado o tenga un destino que no sea el propio damnificado, la medida tendrá una eficacia muy escasa. Sin provecho para la víctima, ésta no tendría interés en pedir que se aplique, y

muchas veces desistiría no sólo de solicitar esta sanción, sino inclusive del mismo reclamo resarcitorio ⁴⁵.

Es precisamente por razones de bien público, según se ha explicado supra, que conviene que los punitive damages, multas civiles o “sanciones pecuniarias disuasivas” se paguen al particular demandante y no al erario público. Con toda razón dice el jurista tucumano López Herrera en su libro acerca de esta clase de sanciones que el destinar la multa al Fisco “es la muerte anticipada de esta institución” ⁴⁶.

Por lo expuesto, el destino de la sanción pecuniaria disuasiva debe ser el patrimonio del damnificado, ya sea totalmente, ya sea parcialmente (de modo que una parte la cobre la víctima y otra parte se destine al Fisco, a una asociación, fundación o entidad de bien público o a algún fondo determinado, relacionado o no con el interés protegido en el caso particular). La ley debe disponer expresamente que se pague al damnificado, sea totalmente, sea parcialmente.

Tercera observación: El texto permite interpretar que estas sanciones no pueden aplicarse a las personas jurídica.

El texto del Proyecto permite interpretar que sólo quien directamente realiza la acción dañosa es pasible de esta sanción, y que por ende no debe aplicarse a las empresas o personas jurídicas por los hechos de sus directores, administradores o dependientes ni debe aplicarse a los “principales” en general, por ej. patrones, por los hechos de sus administradores, representantes o dependientes.

El art. 1714 del Proyecto, referido a las acciones que atentan contra “derechos de incidencia colectiva” y el artículo análogo para las relaciones con consumidores (art. 52 bis L. D. C. según la modificación de él en el Proyecto) establecen que el juez tiene la atribución de aplicar esta clase de sanción “a quien actúe con grave desprecio” hacia tales derechos colectivos o hacia los derechos del consumidor, respectivamente. Si se aprueban estos enunciados como normas legales podrá interpretarse que en caso de que un empleado, operario, gerente, etc. de una empresa industrial o comercial o de una persona jurídica cualquiera realice una acción dañosa que pueda causar un perjuicio al consumidor o a derechos de incidencia colectiva, dicha sanción puede serle aplicada solamente a él, pero no a la empresa o a la persona jurídica en la cual se desempeña. Esta interpretación podrá fundarse no sólo en el texto de la norma proyectada, sino también en la índole punitiva de esta medida, pues podrá pensarse o argumentarse que se requiere la culpa del sujeto sancionado, por aplicación del “principio de personalidad de la pena”, según el cual una pena sólo es aplicable al sujeto que cometió la infracción y no a otro.

⁴⁵ “Si esta pena se socializa totalmente (percepción por el Estado u otros destinos públicos) la institución pierde su fuerza, por tornarse dudosa su aplicación práctica, ya que el o los damnificados carecerían de interés para reclamar su imposición” (Zavala de González, Matilde, *Valoraciones sobre responsabilidad. A propósito del Proyecto de Código Civil*, Córdoba, Mediterránea, 2.000, p. 18).

⁴⁶ López Herrera, Edgardo, *Los daños punitivos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, p. 357.

Otro argumento posible para limitar la aplicación de esta sanción de modo exclusivo al individuo que haya sido el autor de la conducta antijurídica, será el siguiente: El art. 1753 establece, para la obligación indemnizatoria, la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (así como lo hace el art. 1113, 1º párr. del actual Código Civil); pero en las reglas sobre “sanciones conminatorias disuasivas” del nuevo Código (si se aprobare con el tenor del Proyecto), que son cosa distinta de la condena indemnizatoria, el legislador no ha establecido la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente.

Evidentemente, con dicha interpretación se reduciría muy mucho la aplicación de esta medida, y con ello perdería toda su eficacia, pues en la gran mayoría de los casos las acciones antijurídicas susceptibles de dañar (tanto las que atenten contra derechos de incidencia colectiva como las que atenten contra derechos del consumidor) se causan en el ámbito de actuación de empresas o de propietarios de establecimientos industriales, comerciales, bancarios, de prestación de servicios, etc. Quedarían sin aplicación para los hechos ilícitos más graves, los más frecuentes y los más lucrativos. De hecho, casi todas las veces que se imponen “*punitive damages*” en los países en que existe esta institución, se aplican a personas jurídicas, y cuando se infligen a una persona de existencia física, casi siempre se trata del propietario o patrón de quien ha realizado la acción dañosa. Al respecto, puede constatarse, en el registro de dieciséis casos en que los tribunales han aplicado esta clase de sanción en la Argentina desde que existe la institución –abril de 2008– hasta agosto de 2012, en quince de ellos, o sea en el 94 % de los casos, la parte condenada a pagarlos ha sido una persona jurídica⁴⁷.

Es cierto que por vía doctrinaria, mediante la “teoría del órgano”, podría suplirse el defecto del texto proyectado, pero es mejor que la misma ley que se sancione sea clara e inequívoca en este punto. Hay que advertir que la institución, por ser muy novedosa en nuestro sistema legal, y por importar una sanción muy grave, es proclive a ser interpretada restrictivamente por una parte del estamento judicial. Por lo tanto, la ley tiene que decir expresamente que esta clase de multas es aplicable al principal por los hechos intencionales o gravemente culposos de sus directores, administradores, representantes o dependientes.

Cuarta observación: Asegurabilidad de condenas por sanciones pecuniarias disuasivas

En el Proyecto no se establece la invalidez de los seguros que se contraten para cubrir el riesgo de pagar esta clase de sanción pecuniaria. Pero si se permite el seguro para esto, se frustran los fines para los cuales se instituye esta especie de sanción.

Recordemos las varias finalidades que se persiguen con esta institución:

⁴⁷ El registro mencionado, confeccionado por Demetrio Alejandro Chamatropulos, puede consultarse en *Aplicación jurisprudencial de los daños punitivos*, en La Ley, Buenos Aires, 3/9/12, ps. 8 ss.

- 1) punir graves hechos ilícitos (fin retributivo);
- 2) prevenir la reiteración de tales acciones por el mismo proveedor infractor (fin de prevención singular);
- 3) disuadir a otros proveedores de realizar hechos ilícitos (fin de prevención general);
- 4) expresar la desaprobación social de tal comportamiento e inculcar la valiosidad del comportamiento contrario (fin pedagógico o "simbólico");
- 5) estimular la competencia leal en la comercialización;
- 6) quitar las ganancias ilícitamente obtenidas.

Puede verse que al trasladarse el pago de la pena del autor o del responsable al asegurador, se frustran los fines 1, 2, 3, 5 y 6 de la enumeración expuesta, y se debilita el fin 4, o sea que se malogran todos los mencionados objetivos para los cuales existe esta multa. Por consiguiente, hay que concluir que las sanciones pecuniarias disuasivas deben ser inasegurables, para que ellas puedan realmente cumplir sus fines, para que no resulte inútil la incorporación de estas sanciones en el sistema legal.

Si se instituyen *punitive damages* y al mismo tiempo se permite el seguro contra el riesgo de ser condenado a pagarlos, se da lugar a un manifiesto antagonismo en el sistema jurídico. Porque esta clase de sanción se establece, principalmente, para evitar que personas desaprensivas especulen con el hecho de que con su comportamiento ilícito dañoso pueden obtener utilidades superiores al importe de la indemnización que eventualmente deberán pagar. Si la "lógica" de la rentabilidad lleva a algunos a preferir dañar e indemnizar los perjuicios antes que gastar en medidas de seguridad (y por tal motivo el legislador establece esta clase de sanciones, para desalentar tal comportamiento), de ser posible el seguro en esta materia esa misma "lógica" llevará a tales sujetos a preferir gastar en primas de este seguro específico antes que gastar en medidas de seguridad.

El seguro de responsabilidad civil, aunque en los hechos puede perjudicar en cierto grado la evitación de daños pues el dañador o el responsable no se preocupan en evitar dañar, porque no temen pagar indemnizaciones ya que se hará cargo de tal erogación la empresa de seguros, al menos no se frustra respecto de la víctima el fin esencial de la responsabilidad civil, que es cobrar el resarcimiento. El seguro no perjudica este fin; y además, por el contrario, coopera con su logro en aquellos casos en que el autor del daño o quien es civilmente responsable carezca de la solvencia suficiente o se insolvente fraudulentamente. Pero en las sanciones pecuniarias disuasivas ("*punitive damages*"), cuyo fin primordial es prevenir los daños, como lo expresa su denominación, el seguro que se contrate disminuirá el interés en prevenir los perjuicios, pues ya el responsable no temerá la aplicación de dicha multa, ya que en caso de que fuere condenado a pagarla, la empresa de seguros finalmente será quien haga el desembolso. Los fines de tales sanciones, que son el fin punitivo, el fin de prevención general, el fin de prevención singular, el fin de incentivar la leal competencia en el mercado y el fin de neutralizar las ganancias obtenidas con el ilícito, son

todos ellos fines cuya obtención se frustra si quien es condenado a pagar la multa puede trasladar al asegurador el costo de tal sanción.

69) MINIMIZACIÓN DE LAS “OBLIGACIONES DE RESULTADO”: SE INSTITUYE EL REQUISITO DE LA CULPA COMO REGLA GENERAL EN LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y SE ESTABLECE LA ÍNDOLE EXCEPCIONAL DE LAS “OBLIGACIONES DE RESULTADO”, CONTRARIAMENTE A LO QUE SUCEDE EN LA REALIDAD DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

Textos del Proyecto:

Art. 1721 – **Factores de atribución.** La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. *En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.*

Art. 1723 – **Responsabilidad objetiva.** Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva.

Modificaciones propuestas:

A) Sustituir el texto del art. 1721 por el siguiente (*Se indican en letra inclinada las partes que proponemos agregar en el texto del Proyecto*):

Art. 1721. Factores de atribución. En ausencia de normativa, *en la responsabilidad que no deriva de la inejecución de obligaciones*, el factor de atribución es la culpa.

B) Sustituir el texto del art. 1723 por el siguiente (*Se indican en letra inclinada las partes que proponemos agregar en el texto del Proyecto*):

Art. 1723. Responsabilidad contractual objetiva. Cuando *de la naturaleza de la obligación*, de las circunstancias de ella, o de lo convenido *expresa o tácitamente* por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva.

Fundamento

En el art. 1.723 del Proyecto se reputa que una obligación es “obligación de resultado” por ciertas circunstancias, y no por la índole de la obligación. Pero hay muchas especies de obligaciones contractuales de uso cotidiano que son normalmente “obligaciones de resultado” por su índole, por ej. la obligación del constructor de realizar la obra, la obligación del vendedor de entregar la cosa y transferir la propiedad de ella, la obligación del locador de dar la cosa para su uso, la obligación del comprador, el locatario, etc. de pagar un precio... La norma que objetamos en el Proyecto reputa que la “obligación de resultado” es un hecho excepcional. También expresa este error la norma del art. 1721 del Proyecto, prevista allí tanto para la responsabilidad derivada de incumplimiento contractual como para la responsabilidad

de fuente extracontractual: “En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”. Esto que es correcto en el campo de la responsabilidad extracontractual, en cambio es incorrecto en el ámbito del incumplimiento de contratos.

El concebir la mayoría de las obligaciones como “obligaciones de medios”, de modo que el deudor sea responsable sólo en el caso de que incurra en culpa, y considerar que la “obligación de resultado” es un hecho minoritario o excepcional, es algo reñido con la realidad y con la buena fe contractual. En verdad la mayoría de las obligaciones son “obligaciones de resultado”, porque en la mayoría de las obligaciones las partes entienden que el deudor garantiza el resultado, de modo que es responsable en caso de incumplimiento aunque no haya culpa suya en el incumplimiento⁴⁸. No es ésta una opinión doctrinaria, sino la constatación de una evidente realidad. Así sucede por ej. con las obligaciones de dar cosas en la compraventa (ya sea de muebles, ya sea de inmuebles), en la locación de cosa, en el contrato de *leasing*, en el contrato de construcción y en la gran mayoría de los casos de locación de obra, etc. En efecto, la obligación del vendedor de entregar la cosa y transferir el dominio sobre ella, la del locador de dar la cosa en uso, la del locatario de restituirla al término del contrato, la obligación del locador de obra (en la mayoría de los casos), en la intención de las partes y en la jurisprudencia son concebidas y tratadas como “obligaciones de resultado”, y por ende no se requiere culpa del deudor para que éste deba responder por la inejecución de la obligación. Y en cuanto a las obligaciones dinerarias, no sólo en los negocios jurídicos mencionados, sino en cualquier especie de contrato, son concebidas siempre por la doctrina y por los tribunales como “obligaciones de resultado”; más aún: el mismo Código Civil ya desde su redacción originaria, prescinde de la culpa como requisito para la procedencia de los intereses en caso de incumplimiento de las deudas de dar dinero, de modo que en la deuda de intereses por mora se trata de una responsabilidad objetiva: basta el incumplimiento material el día de vencimiento de la obligación, con prescindencia de que el deudor tenga o no culpa por su mora, para que deba pagar intereses (arts. 622 C.C.).

Claro está que también hay varias hipótesis de obligaciones que son reconocidas como “obligaciones de medios” (como es por ej. la obligación del mandatario de concertar el negocio que le fue encargado), pero las “obligaciones de medios” *son manifiestamente minoritarias dentro del universo de las relaciones contractuales*. En cambio, para la responsabilidad aquiliana o extracontractual, de acuerdo con el

⁴⁸ Como ha señalado Alberto J. Bueres, “en materia contractual la responsabilidad es objetiva, pues la culpa campea como factor de atribución sólo cuando están en juego obligaciones de medios, circunstancia ésta que se da en escasísimos supuestos” (*Responsabilidad contractual objetiva*, en Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, T. 1989-II, p. 964). “La preponderancia cuantitativa de las obligaciones de resultado, permite considerar que en la mayoría de los casos la responsabilidad contractual será objetiva, y en la menor cantidad de supuestos se sustenta en la culpa” (*art. cit.*, p. 978). “En el ámbito contractual, la obligación de medios –cuya infracción reclama culpa– quedó confinada a los quehaceres de médicos y abogados, y a otras contadísimas hipótesis que se examinan muy infrecuentemente en los tribunales” (Alberto J. Bueres, *Responsabilidad civil de los médicos*, T. I, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1994, p. 86).

Código Civil y según se acepta en la práctica judicial, rige el requisito de la culpa, salvo para los supuestos en que una regla de la ley haya atribuido deberes de resarcir a un responsable sin culpa suya, como por ej. en los daños que resultan del riesgo o el vicio de las cosas.

¿Han concebido acaso los autores del Proyecto que cuando las partes contratantes no expresen en el acuerdo contractual que se trata de una obligación de resultado, entonces siempre la obligación contractual es obligación de medios, salvo que por ciertas circunstancias deba tenerse como “obligación de resultado”? La respuesta es afirmativa, según resulta del artículo 1723, en relación con el art. 1721 del mismo Proyecto, como se ha visto. Pero este régimen es erróneo y produce consecuencias no sólo contrarias a la doctrina y jurisprudencia vigentes, sino notoriamente injustas, según puede constatarse en la aplicación de tal criterio en los varios negocios jurídicos comunes que hemos mencionado como ejemplos.

70) SE INSTITUYE LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE IRRESPONSABILIDAD O DE DISPENSA ANTICIPADA DE LA RESPONSABILIDAD Y LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD, PARA LOS DAÑOS CAUSADOS CON CULPA GRAVE

Texto del Proyecto:

Art. 1743 – **Dispensa anticipada de la responsabilidad.** Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas *si liberan anticipadamente*, en forma total o parcial, del daño sufrido *por dolo* del deudor o de las personas por las cuales debe responder.

Modificación propuesta:

En el art. 1743 agregar después del término “dolo” la expresión “o culpa grave”, de modo que el tenor de dicho artículo quede así:

Art. 1743 – **Dispensa anticipada de la responsabilidad.** Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo *o culpa grave* del deudor o de las personas por las cuales debe responder.

Fundamento

Como puede verse, en el régimen del Proyecto se permite que tanto en los “contratos paritarios” como en los “contratos por adhesión” (adhesión a cláusulas determinadas por una de las partes) el contratante predisponente de las cláusulas se libere fácilmente de toda responsabilidad, aun por culpa gravísima, en perjuicio del contratante adherente.

Dicha regla del Proyecto se opone a la doctrina común de los juristas argentinos, que enseña que carecen de validez las cláusulas de eximición o de limitación de la responsabilidad no sólo respecto de los daños a los derechos indisponibles (v. gr. los derechos al respeto de la vida y de la integridad física), sino que también *son inválidas tales cláusulas cuando se trata de daños causados por culpa grave del deudor, tanto en los contratos por adhesión como en los contratos paritarios.*

Ha expresado Pedro Cazeaux tres razones para reprobado las estipulaciones de dispensa anticipada de la responsabilidad para el caso de *culpa grave*: “a) La dispensa de una conducta negligente, descuidada, imprudente, del obligado, tratándose de faltas graves, atenta contra el propio concepto de obligación. Si desde el principio se

asegura al deudor que cualquiera sea la magnitud de su indolencia no se lo hará responsable, el vínculo obligatorio pierde su carácter de necesario para quedar a la merced de aquél. No es posible, por la propia seriedad de la relación jurídica, darle carta blanca al obligado, excusándolo *ab initio*, de manera que sea una verdadera invitación al incumplimiento. Una dispensa de culpa con tal alcance es – objetivamente– tan perniciosa como la propia dispensa del dolo”. Sigue el jurista platense: “b) La excusa de la culpa significa un ataque directo al principio de la buena fe, que es indispensable en el cumplimiento de las obligaciones. No se concilia con dicho principio, permitir que desde el comienzo se tenga por liberado al deudor de su responsabilidad, aun por su más extrema desidia”. Y añade: “c) Al amparo de una dispensa indiscriminada de la culpa, puede encubrirse fácilmente un incumplimiento doloso. El incumplimiento doloso y el culposo rara vez pueden distinguirse por sus manifestaciones externas. El dolo es un proceso psicológico, intencional, que se desarrolla en el fuero interno y que por tanto no lleva una marca especial que permita diferenciarlo de la culpa grave. Tendríamos, entonces, que bajo el manto de una dispensa tan amplia de la culpa, se protegería una verdadera inejecución dolosa”⁴⁹.

En el mismo sentido, expresa Carlos G. Vallespinos: “1. La culpa grave debe razonablemente ser asimilada al dolo a la hora de calibrar la validez de estas cláusulas. Lo contrario importa una claudicación del sistema, dada la muy difícil prueba del dolo del deudor, que pesa sobre el acreedor, que en los hechos posibilitaría que muchos incumplimientos dolosos pudieren –por falta de dicha prueba– ser reputados culposos, y así sus consecuencias podrían ser alcanzadas por una cláusula limitativa de la responsabilidad. 2. La dispensa anticipada de culpa grave atenta contra la esencia misma del concepto de obligación, posibilitando desde el principio una fácil liberación del deudor, que el derecho no puede consentir”⁵⁰.

Explicaba Jorge J. Llambías: “Cláusula de no-responsabilidad [...] Al liberar al deudor de las consecuencias de toda culpa de su parte, estimulan tales cláusulas la desidia de las personas; sería «una verdadera invitación al incumplimiento» dice con sagacidad Cazeaux. [...] Por lo demás, si el acreedor se aviene a constituir un crédito tan debilitado por la inclusión de semejante cláusula, ello sólo está mostrando la imposición del contratante más fuerte que ha dictado al otro las condiciones de un verdadero contrato de adhesión. El contratante débil, forzado a aceptarlas, recibe un menguado beneficio. El contrato no tiene para él la utilidad que debía brindarle, y sin embargo no puede dejar de contratar por tratarse, a veces, de contratos indispensables”⁵¹.

⁴⁹ Pedro N. Cazeaux, en Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, La Plata, Platense, t. I, *cit. supra*, p. 285.

⁵⁰ Carlos G. Vallespinos, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad en el derecho civil y en la ley 24.240*, Tribuno, Córdoba, n° 1, agosto 1994, doctr., p. 22.

⁵¹ Jorge J. Llambías, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. I, 4ª ed., Buenos Aires, Perrot, n° 175, ps. 241 ss.

Debe corregirse el Proyecto en este punto, de modo que se declaren inválidas las cláusulas de dispensa anticipada de la responsabilidad cuando se trate de *daños derivados de culpa grave* del deudor.

En general, los códigos civiles aprobados en las últimas décadas que se han referido a las cláusulas de liberación de la responsabilidad o de limitación de la responsabilidad, establecen la invalidez de tales cláusulas para el caso de culpa grave (y en algunos de ellos, para cualquier grado de culpa), como puede verse a continuación, en las citas pertinentes de algunos códigos civiles americanos de los últimos treinta años:

C. C. de Quebec de 1993: “Nadie puede excluir ni limitar su responsabilidad por el perjuicio causado a otro por una falta intencional *o por una culpa grave*; la culpa grave es la que denota una despreocupación, una imprudencia o una negligencia groseras.

Nadie puede de ningún modo excluir o limitar su responsabilidad por el perjuicio corporal o moral causado a otro” (art. 1474).

C.C. de Perú de 1984: “Serán nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo *o culpa inexcusable*” (art. 1986).

C. C. de Bolivia de 1976: “Los pactos siguientes son nulos:

1) Los que anteladamente (*sic*) exoneren o limiten el deber de resarcir el daño que deriva de la responsabilidad del deudor por dolo *o por culpa grave*.

2) Los que anteladamente (*sic*) exoneren o limiten el deber de resarcimiento originado por la responsabilidad del deudor para los casos en que un hecho de él o de sus auxiliares viola obligaciones establecidas por normas de orden público” (art. 350).

Así también el Proyecto de Código Civil argentino de 1998 disponía con acierto:

“La dispensa anticipada de la responsabilidad queda sujeta a estas reglas:

a) La responsabilidad por daño causado con dolo *o con culpa grave* no puede ser excluida ni limitada [...]” (art. 1642)⁵².

En los *Fundamentos* del Proyecto de 2.012 no se da ninguna explicación de su apartamiento de la doctrina nacional y del régimen de los mencionados códigos civiles contemporáneos que han regulado el punto.

El texto del artículo 1743 del Proyecto, que aquí objetamos, coincide casi totalmente con el texto del art. 1578 del Proyecto de Código Civil redactado en 1993 por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo (el Presidente Carlos S. Menem). ¿Y cuál ha sido a su vez la fuente de la regla en ese Proyecto de 1993? Dicho proyecto menciona en nota puesta después de cada uno de sus artículos las fuentes del texto respectivo, que generalmente incluyen normas de algunos códigos civiles extranje-

⁵² Proyecto de Código Civil de la República Argentina, Antecedentes Parlamentarios, La Ley, n° 7, Buenos Aires, 1999.

ros; pero en este caso no menciona ningún código civil extranjero, sino que expresa: “*Fuentes:* Se han sintetizado las principales ideas expuestas durante el coloquio del 13 y 14 de diciembre de 1990, organizado por la Universidad de París I y por el Centro de Derecho de las Obligaciones y Centro del Derecho del Consumo de la Universidad de Louvain la Neuve, Francia”⁵³. Véase que lo que se declara como fuente son solamente “ideas expuestas” en un coloquio, o sea en uno de los cientos de reuniones de juristas que se hacen cada año en tantos lugares del mundo, y ni siquiera se trata de conclusiones finales aprobadas o votadas en dicho coloquio singular, sino tan sólo de “ideas expuestas” allí (¡¡!).

⁵³ *Reformas al Código Civil. Proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468/92*, Buenos Aires, Astrea, 1993, ps. 378 s.

71) IRRAZONABLE LIBERACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES POR DAÑOS CAUSADOS POR SUS HIJOS MENORES

Texto del Proyecto:

Art. 1755 – **Cesación de la responsabilidad paterna.** La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, *transitoria o permanentemente*.

Modificación propuesta:

Eliminar del artículo 1755 la palabra “transitoria”.

Fundamento

La aplicación de esta regla del Proyecto conduce a consecuencias como las siguientes: Si un menor de cualquier edad es puesto *transitoriamente* bajo la vigilancia de una niñera, o de una empleada doméstica, o de unos tíos, o de unos vecinos, etc. (porque por ej. sus padres se hallan ausentes de la casa mientras trabajan o asisten a una reunión o esparcimiento o se hallan de viaje, etc.) y en esa ocasión el menor causa daños a un vecino, a un transeúnte o a quien sea, ninguno de sus padres es responsable de indemnizar el daño, conforme al art. 1755 del Proyecto.

Lo mismo resulta de dicha norma si el daño es causado por el menor cuando se encuentra transitoriamente bajo la vigilancia de un maestro, un profesor o un entrenador, por ej. en una academia de baile o en un curso de entrenamiento en un deporte o de destrezas de cualquier clase, o en una salida en la ciudad o en una visita escolar a algún lugar que realiza juntamente con su grupo de compañeros. En este último caso la solución adecuada es la responsabilidad concurrente de los padres y del propietario del establecimiento educativo, pero la referida norma del Proyecto lo impide.

Así por ej. si en el aprendizaje de deportes o destrezas de cualquier índole, v. gr. karate o tiro al blanco, un menor de edad, por imprudencia, o por desobedecer las instrucciones, o aun de manera intencional, incapacita o lesiona a otro alumno, según el art. 1755 del Proyecto la acción del damnificado sólo podrá dirigirse contra el instructor (o contra el empleador de éste, si existiere); y si es insolvente, el damnificado quedará sin posibilidad de resarcimiento, porque los padres del menor están exentos de responsabilidad.

Se han mencionado tan sólo algunos ejemplos verosímiles. Los supuestos de aplicación de la norma proyectada con el mismo resultado injusto pueden multiplicarse.

En cambio, la regla actual del Código Civil distingue adecuadamente los efectos jurídicos según que el menor se halle *transitoriamente* o esté *permanentemente* bajo

la vigilancia de un tercero, y exime de responsabilidad civil a los padres solamente en el segundo caso: “La responsabilidad de los padres cesa cuando el hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra de una manera *permanente* bajo la vigilancia y autoridad de otra persona” (art. 1.115 C. C.). Se hallan “de una manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona” los hijos menores que están en un colegio con internado, por ejemplo.

La referida del Proyecto que exime de responsabilidad civil a los padres del menor en las referidas situaciones, y expone a la víctima a quedar sin resarcimiento, además de ser injusta como se ha mostrado con ejemplos, carece de precedentes en el derecho extranjero. Cuando el menor de edad está *transitoriamente* bajo la vigilancia de otra persona, sus progenitores son responsables de los daños que causen, en todos los Códigos Civiles. Mencionamos al respecto algunos de los que se han promulgado en las últimas décadas: C. C. de Brasil de 2002 (art. 932); C. C. de Bolivia de 1976 (art. 990); C. C. de Perú de 1984 (art. 1975); C. C. de Quebec de 1993 (art. 1460); C. C. de Paraguay de 1986 (art. 1843); C. C. de la Federación Rusa, muy detallado en lo que respecta a la responsabilidad civil de los padres, pues contiene trece normas sobre el asunto (arts. 1073 y 1074); Código Civil de Guatemala de 2008 (art. 1660), Ley de Derecho de Daños de la República Popular China (art. 32).

72) RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDADES RIESGOSAS: ATRIBUCIÓN ARBITRARIA DE RESPONSABILIDAD A QUIENES NO REALIZAN LA ACTIVIDAD RIESGOSA NI LA GENERAN

Texto del Proyecto:

Art. 1758 últ. párr. – **Sujetos responsables** [...] En caso de actividad peligrosa o riesgosa responde quien la realiza, se sirve *u obtiene provecho de ella*, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto en la legislación especial.

Modificación propuesta:

Eliminar del art. 1758 la frase “u obtiene provecho”.

Fundamento

La indicada norma del Proyecto, en tanto hace responsable a cualquiera que obtenga provecho de una actividad riesgosa, aunque no tenga nada que ver con la generación de tal actividad, es irrazonable e injusta.

Puede advertirse en los ejemplos siguientes las consecuencias a las que conduciría la aplicación de esta regla del Proyecto en examen:

La actividad de realización de espectáculos públicos musicales con asistencia masiva de gente (v. gr. recitales de *rock*) es riesgosa; lo muestra la experiencia y lo ha reconocido la jurisprudencia. Por consiguiente, quien posee un pequeño kiosco de bebidas que se halle en las inmediaciones del estadio o lugar en que se desarrolle tal clase de espectáculo puede ser condenado a indemnizar los daños que resulten de dicha actividad, según el Proyecto, pues tal kiosquero “obtiene provecho de ella”.

Así también conforme a la norma proyectada puede condenarse a resarcir los perjuicios al locutor que hace las presentaciones de cada actuación en un espectáculo musical con asistencia masiva, y a los encargados de la iluminación y del sonido en el mismo espectáculo... Y también el periodista profesional que desempeña sus labores en una cancha de fútbol de concurrencia multitudinaria de espectadores, y la empresa propietaria del medio de comunicación para el cual trabaja dicho periodista, y quienes imprimen las entradas que se venden a los espectadores, serán civilmente responsables de los daños, según el art. 1758 del Proyecto, porque obtienen “provecho”, incluso económico, de la actividad riesgosa que allí se desarrolla.

La excavación de cierta magnitud es un clásico ejemplo de actividad riesgosa. Si la empresa que instala cloacas en el subsuelo de las calles, en el procedimiento de excavación causa daños a personas o cosas, según el art. 1758 del Proyecto puede condenarse a indemnizar tales perjuicios al propietario o propietarios de inmuebles a quienes beneficia la instalación de tales cloacas.

Así como las excavaciones, las construcciones en altura también son actividades riesgosas, como lo han reconocido los tribunales en muchas sentencias, pues en tales labores suelen desmoronarse paredes, hundirse suelos, caerse a gran velocidad herramientas y materiales, rajarse muros de inmuebles contiguos, etc. Conforme al art. 1758 del Proyecto la empresa que provee materiales para un edificio en construcción o la empresa que vende maquinaria para una excavación son civilmente responsables y deben indemnizar los perjuicios que se causen en la construcción o en la excavación pues ellas “obtienen provecho” de esa actividad de construir o de excavar, respectivamente.

Podrían mencionarse muchos otros ejemplos que encuadran perfectamente en el supuesto expresado en el art. 1758, que mostrarían igualmente la irrazonabilidad de dicha regla.

En el texto intitulado *Fundamentos* que acompaña el Proyecto, en la breve referencia que contiene sobre los sujetos responsables en caso de daños resultantes de actividad riesgosa o peligrosa, se dice respecto de la norma en cuestión: “Se trata de criterios sostenidos por la doctrina jurídica argentina durante muchos años” (Libro III, tít. V, cap. 1, n° 14 *in fine*). ¿Es así? No. Es todo lo contrario, pues todos los juristas que han abordado el tema de la responsabilidad por actividades riesgosas han circunscripto los sujetos responsables a quienes *realizan* la actividad y a quienes de algún modo *generan* la actividad, pero no han propuesto que se extendiera la responsabilidad a quienes obtienen algún provecho de ella, sin haberla realizado ni generado⁵⁴.

En conclusión, la atribución de responsabilidad a quien obtiene provecho de una actividad riesgosa que no realiza ni genera de ninguna manera, es injusta y además es ajena a la doctrina.

Distinto es el caso de quien obtiene provecho de una actividad riesgosa, pero es una actividad que él mismo realiza o genera. Así por ej. una empresa proveedora de energía eléctrica que subcontrata a una empresa para que efectúe las excavaciones en la calle, y la segunda causa un daño con su actividad riesgosa a un transeúnte o a un inmueble; es razonable que la primera empresa, subcontratante, sea responsable

⁵⁴ Cfr. Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela Nora, *La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y perspectivas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 157. Parellada, Carlos Alberto, *El tratamiento de los daños en el Proyecto de unificación de las obligaciones civiles y comerciales*, LL-1987-D, p. 977. Pizarro, Ramón Daniel, *Accidentes con cosas riesgosas (La mutación interpretativa del artículo 1.113 del Código Civil)*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, n° 15, p. 109. También en *Código Civil comentado*, dir. Alberto J. Bueres, Comentario del art. 1.113, p. 555; en *Responsabilidad civil por riesgo creado y de la empresa. Contractual y extracontractual*, Parte especial, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2006, § 104, p. 169; en *La responsabilidad civil por actividades riesgosas*, LL-1989-C, p. 936. Zavala de González, Matilde, *Responsabilidad por riesgo. El nuevo art. 1113*, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1987, p. 210. Zavala de González, Matilde, *Responsabilidad por riesgo*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1997, ps. 208, 210, 211.

del daño juntamente con la segunda, subcontratada, pues la primera, aunque no ha realizado la actividad, ha creado o generado el riesgo al encargar la actividad a la segunda. La empresa de energía eléctrica obtiene provecho de resultados de la excavación que realiza la otra empresa, pero no está en el mero provecho la razón de ser de su responsabilidad civil, sino en el hecho de que ha generado el riesgo al encargar la tarea riesgosa a la segunda empresa.

En cambio, en los otros ejemplos que pusimos antes, en los que *el provecho está dissociado de la creación del riesgo o de la realización de la actividad riesgosa*, la atribución de responsabilidad por el solo hecho de obtener una utilidad como consecuencia de la actividad, resulta absurda, como se evidencia en tales ejemplos.

La atribución de responsabilidad a quien “obtiene provecho” pero es ajeno a la creación del riesgo con el cual se causa el daño, *además de ser irrazonable e injusta* (como se ha evidenciado en los ejemplos expuestos), y *ajena a la doctrina* (como lo demuestran las citas), *carece de precedentes en el derecho comparado*. En todas las legislaciones conocidas que han instituido la responsabilidad por actividades riesgosas o peligrosas, desde el primer país que lo hizo, en 1922, hasta nuestros días, *el sujeto responsable es sólo quien realiza la actividad riesgosa*: *Código Civil de la República Socialista Federada Soviética Rusa de 1922*, art. 404 (“persona cuya actividad entraña un peligro incrementado”), *Código polaco de las obligaciones de 1934*, art. 152 (“propietarios de empresas o de establecimientos movidos por fuerzas naturales”); *Código Civil italiano de 1942*, vigente en la actualidad, art. 2050 (“el que causa un daño al desenvolver una actividad peligrosa”), *Código Civil de Hungría de 1959*, art. 345 (“quien realiza una actividad especialmente peligrosa”), *Código Civil de la República Socialista Federada Soviética Rusa de 1964*, art. 454 (“organizaciones y ciudadanos cuya actividad entraña un peligro incrementado”), *Código Civil de Checoslovaquia de 1964*, art. 432 (“el operador [...] de una operación muy peligrosa”), *Código Civil de Polonia de 1964* (quien rige una empresa o un establecimiento movido por fuerzas naturales”), art. 435, *Código Civil de Portugal de 1966*, vigente en la actualidad, art. 493.2 (“quien causa un daño en el ejercicio de una actividad peligrosa”); *Código Civil de Bolivia de 1976*, vigente, art. 998 (“quien en el desempeño de una actividad peligrosa”); *Código Civil de Perú de 1984*, vigente, art. 1970 (“aquel que por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa”); *Código Civil de Paraguay de 1986*, vigente, art. 1846 (“el que crea peligro con su actividad”), *Código Civil de la Federación Rusa de 1995*, vigente, art. 1079 (“las personas jurídicas y los individuos cuya actividad importe aumento de riesgo”); *Código Civil de Georgia de 1997*, art. 1000 (“el poseedor de la cosa que por su fuerza energética o sustancias explosivas, inflamables o tóxicas cause un peligro incrementado”); *Código Civil de Macao de 1999*, art. 486.2 (“quien causa daño a otro en el ejercicio de una actividad peligrosa”), *Código Civil de Brasil de 2002*, vigente, art. 927, 2º párr. (“la actividad que realiza el autor del daño”), *Código Civil de Vietnam de 2001*, vigente, art. 623 (“el dueño de una fuente de gran peligro”, “el que la posee o usa”), 1650), *Código Civil de Guatemala de 2008*, art. 1650 (“la persona o empresa que habitual o accidentalmente ejerciere una actividad en la que hiciera uso

de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas”), *Ley de Derecho de Daños de la República Popular de China de 2009*, vigente, art. 69 (“quien causa daño al realizar una actividad muy riesgosa”). También es así en los *Principios Europeos de Derecho de Daños (Principles of European Tort Law)* o “*Principios de Viena*” de 2005, arts. 1° y art. 5°.101.

En suma, la atribución de responsabilidad a una persona por el solo hecho de que obtenga algún provecho de una actividad riesgosa, sin que ella la realice ni la haya generado:

- lleva a consecuencias absurdas e injustas, como se ha ilustrado con ejemplos;
- se opone a la doctrina argentina unánime sobre el punto;
- carece de precedentes en la legislación extranjera.

73) REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL O EXTRAPATRIMONIAL CAUSADO A DAMNIFICADOS INDIRECTOS : DAMNIFICADOS INJUSTAMENTE EXCLUIDOS Y DAÑOS MUY GRAVES QUE QUEDAN SIN INDEMNIZACIÓN

Texto del Proyecto:

Art. 1741, 1º párr. – *Indemnización de las consecuencias no patrimoniales.* Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta la muerte o sufre *gran discapacidad* también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.

Modificaciones propuestas

A) En el art. 1741, 1º párr., sustituir la expresión “resulta la muerte o sufre gran discapacidad” por la expresión “*resulta la muerte o un daño extrapatrimonial muy grave*”.

B) En el mismo artículo, reemplazar la expresión “quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible” por la expresión “*convivían con aquél, recibiendo de él o dándole trato familiar ostensible*”.

Fundamento

En el Proyecto se elimina la regla legal que introdujo la reforma de 1968, por la cual se reconoció acción indemnizatoria a los damnificados indirectos solamente para el caso de muerte de los damnificados directos. Esta limitación que contiene actualmente la ley argentina, en el art. 1078, 2º párr. del Código Civil, ha sido desaprobada casi unánimemente por la doctrina, y en los últimos años fue declarada inconstitucional por varios tribunales. Es una restricción injusta, que el Proyecto viene a corregir. Sin embargo el texto propuesto es desafortunado, porque es demasiado estrecho, ya que 1º) deja sin derecho de reclamar indemnización a ciertas personas a quienes en justicia les corresponde y 2º) respecto de aquellos a quienes les reconoce legitimación para pedir resarcimiento, deja daños muy graves sin indemnización.

A) Según el Proyecto los padres, el cónyuge, etc. sólo pueden reclamar reparación del daño moral en los supuestos de muerte o de “*gran discapacidad*” del damnificado directo. Esta locución puede ser interpretada con muy diversas extensiones o alcances; por ende si tal texto se aprueba ello va a generar inseguridad jurídica. Algunos han de interpretar que “*gran discapacidad*” es sinónimo de “*gran invalidez*” y la Ley de Riesgos del Trabajo 24.557 define la “*gran invalidez*” como la situación de quien padece “incapacidad laboral permanente total y necesita la asisten-

cia continua de otra persona para realizar los actos más elementales de su vida” (art. 10). Pero entonces quedan sin derecho a reparación muchos casos de graves daños morales que no constituyen una “gran discapacidad” en el sentido referido de tal expresión y que sin embargo causan reflejamente un grave perjuicio extrapatrimonial al damnificado indirecto. Así por ejemplo el caso de los padres de quien quedó con el rostro horriblemente desfigurado de modo irremediable. Consideremos que tal supuesto podría encuadrarse, mediante una interpretación extensiva generosa, en la expresión “gran discapacidad”; pero hay otros graves daños morales que exceden ese marco, aun con la mayor amplitud interpretativa, como por ejemplo

– el sufrimiento del padre de un joven que fue salvajemente torturado durante varios días por un grupo delictivo, o

– las aflicciones de los progenitores de quien fue secuestrado por largo tiempo, y a quien se le infligieron severos vejámenes durante su cautiverio, o

– el dolor y la humillación de los padres de la mujer que fue reiteradamente violada por los miembros de una patota o de un grupo de personas ebrias, o

– las tribulaciones padecidas por el padre y la madre de una adolescente que por engaños o violencias fue obligada por una banda de tratantes de blancas a contraer la adicción a la cocaína y a ejercer la prostitución...

B) Además, conforme a la regla proyectada, en el caso de un niño recién nacido o de menos de dos años de edad, si alguien causa la muerte de su padre de crianza, o de su madre de crianza, o de un hermano mayor, el niño tiene derecho al resarcimiento del daño moral que resulta de dicha muerte, pues tal niño “*recibía* trato familiar ostensible” de aquéllos; pero si ocurre lo inverso, o sea si fallece un niño recién nacido o que tiene menos de dos años de edad, su padre de crianza, su madre de crianza y su hermano mayor carecen de derecho al resarcimiento por el daño moral que importa la pérdida de su hijo de crianza o su hermano menor, por aplicación del art. 1741 del Proyecto, pues los padres de crianza y los hermanos mayores del infante no “*reciben*” trato familiar del niño, pues un niño de esa edad no puede *dar* trato a otras personas.

74) ELIMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DEL CÓDIGO CIVIL

Textos del Proyecto (que en esto modificó el Anteproyecto de la Comisión):

Art. 1764 – **Inaplicabilidad de normas.** *Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.*

Art. 1765 – **Responsabilidad del Estado.** *La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.*

Modificación propuesta:

Suprimir los textos de los arts. 1764 y 1765 del Proyecto. Reponer los textos de los arts. 1764 y 1766 del Anteproyecto presentado por la Comisión redactora.

Fundamento:

Los arts. 1764 a 1766 del Anteproyecto elaborado por la Comisión designada por el P. E. por decreto 191/2011 establecían reglas para la responsabilidad indemnizatoria del Estado por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones y por los perjuicios irrogados por actividad lícita estatal, así como sobre la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos. El tenor de las reglas propuestas era:

Art. 1764. El Estado responde por los daños causados en el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.

Art. 1765. El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes.

Art. 1766. El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.

Pero el Poder Ejecutivo ha eliminado el texto de los tres artículos, y en su lugar ha puesto los textos que hemos transcritos *supra*, al inicio de este apartado.

De este modo, se pretende expulsar del Código Civil la responsabilidad por daños irrogados por el Estado y también por los perjuicios causados por funcionarios y empleados públicos.

Como indica Rodolfo Zavala de González al respecto, “sacar del Código Civil los daños causados por el Estado, para que queden regidos de manera exclusiva y excluyente por «normas de derecho administrativo nacional o local», derivaría en este escenario: cada provincia e incluso cada municipalidad podría (y debería) regular su propia responsabilidad. Las derivaciones negativas de esta arquitectura saltan a la vista. De arranque: inflación legislativa, con las consiguientes redundancias e incoherencias (atomización normativa: la responsabilidad del Estado como una «torre de Babel»). Pero más peligroso, claro está, es la *desigualdad de trato* y que se fijen restricciones contrarias al *alterum non laedere*.

Es que el municipio más pequeño que se pueda imaginar quedaría habilitado para pergeñar arbitrios como éstos: sólo habrá resarcimiento en caso de dolo, ninguna indemnización podrá superar cinco salarios mínimos, en caso de muerte la legitimación corresponderá solamente a los hijos, el plazo de prescripción será siempre de tres meses”⁵⁵.

Y en realidad sucederá, si se aprueba el Proyecto de Código Civil sin las normas específicas de responsabilidad del Estado, que muchos Estados provinciales y municipales (quizás la mayoría de ellos) no dictarán normas al respecto, no sabemos durante cuánto tiempo, con lo cual habrá lagunas de la ley, con la consiguiente inseguridad jurídica ¿Se interpretará que en tales provincias, municipios y comunas no existe responsabilidad del Estado por daños? Más bien deberá recurrirse, en tal eventualidad, a aplicaciones analógicas y a principios generales del derecho para integrar tales lagunas de la legislación. Pero sucede que el Proyecto en cuestión establece que “las disposiciones de este título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria” (art. 1764). Si se pretendiera llenar el vacío legislativo mediante la aplicación analógica de reglas del Código Civil o de principios generales del derecho explícitos o implícitos en el Código Civil, se lograría lo mismo que se pretende impedir al prohibir la aplicación subsidiaria de las normas del Código Civil, de modo que si se quisieran acatar las disposiciones del actual Proyecto, que quiere excluir la aplicación del Código Civil en la responsabilidad del Estado, no habría modo de colmar las lagunas.

No hallamos en el Derecho Administrativo reglas sobre responsabilidad por el riesgo de las cosas, sobre legitimación de los damnificados indirectos, sobre responsabilidad por daños causados en establecimientos educativos, sobre extensión de las consecuencias resarcibles, sobre prejudicialidad penal, etc. Todo esto está regulado en el Código Civil (en el actual, y en el que se proyecta). Advierte González Zavala: “No hay manera de no apoyarse en el Código Civil. El Derecho Administrativo no se ocupa (no puede hacerlo, salvo que quiera hipertrofiarse y perder su identidad) de

⁵⁵ Rodolfo González Zavala, *¿La responsabilidad del Estado estará fuera del nuevo Código Civil?*, Semanario Jurídico de Córdoba, Córdoba, n° 1866, 16/7/2.012, T. 106, 2012-B, p. 89.

las cuestiones técnicas específicas, imprescindibles en cualquier problema de responsabilidad: concepto y clases de daños resarcibles, legitimación de damnificados directos e indirectos, nexo de causalidad, valoración de la culpa y del dolo, transmisión de la acción resarcitoria, prejudicialidad penal y tantos otros”⁵⁶.

El mencionado autor ha señalado, además, contradicciones entre las reglas de los mencionados arts. 1764 y 1765 y otras que están en el Proyecto o que están en leyes especiales y que no han sido modificadas por el Proyecto. Así por ej. la responsabilidad por daños a consumidores y usuarios se rige por la L. D. C. 24.240 y sus modificatorias, que contiene importantes normas de responsabilidad civil (entre ellos, los arts. 10 bis y 4) e incluye expresamente al proveedor que sea persona pública estatal (art. 2º L.D.C., regla que se mantiene en el Proyecto, aunque en él se modifican o derogan otras normas de la actual L.D.C.)⁵⁷.

Hay que notar que en los casos de accidentes y enfermedades laborales que sufran empleados públicos, su derecho al resarcimiento será notablemente menoscabado en caso de aprobarse este régimen, pues ya no serán aplicables, para obtener la reparación del daño, la regla general de responsabilidad por culpa, ni la regla de responsabilidad del principal por el hecho del dependiente ni las reglas de responsabilidad por el riesgo de la cosa y por la actividad riesgosa y peligrosa, ni tampoco el principio de reparación plena (que expresa el art. 1736 del Proyecto), y en general las demás normas del capítulo de la responsabilidad civil, sino los preceptos, más mezquinos, de la Ley de Riesgos del Trabajo, así como de ciertas leyes asistenciales para casos de accidentes o enfermedades del personal del Estado, y las normas específicas que se dicten.

En suma, el propósito de sustraer al Estado del régimen de responsabilidad del Código Civil con la añadidura de la pretensión de prohibir la aplicación subsidiaria de las reglas del Derecho Civil para resolver la cuestión, importa:

- a) una injusticia para las víctimas;
- b) inseguridad jurídica;
- c) contradicción normativa en diversos supuestos, como el mencionado *supra*;
- d) un régimen impracticable, pues es imposible evitar la aplicación subsidiaria de reglas del Código Civil.

⁵⁶ González Zavala, *¿La responsabilidad del Estado...?*, cit., p. 89.

⁵⁷ González Zavala, *¿La responsabilidad del Estado...?*, cit., p. 89.

75) ELIMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS DEL CÓDIGO CIVIL

Texto del Proyecto (que en esto modificó el Anteproyecto de la Comisión):

Art. 1766 – **Responsabilidad del funcionario y del empleado público.** *Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y los principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.*

Modificación propuesta:

Suprimir el texto del art. 1766 del Proyecto. Reponer el texto del art. 1765 del Anteproyecto presentado por la Comisión redactora (“El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes”).

Fundamento:

Todo cuanto se ha expuesto en el ítem anterior acerca del intento de eliminar la responsabilidad del estado del régimen del Código Civil es aplicable a la pretensión del Proyecto de suprimir la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos del régimen del Código Civil.

76) INJUSTA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA O SIN CULPA A LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS POR LOS DAÑOS SUFRIDOS POR LOS ALUMNOS, CUANDO RESULTAN DEL HECHO INEVITABLE DE UN TERCERO AJENO AL ESTABLECIMIENTO O DE LA SOLA CULPA DE LA VÍCTIMA

Texto del Proyecto:

Art. 1767 – **Responsabilidad de los establecimientos educativos.** El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y *se exime sólo con la prueba del caso fortuito.*

Modificación propuesta:

Agregar al art. 1767, después de la mención del caso fortuito una coma y la siguiente frase: “el hecho inevitable de un tercero o el hecho del propio damnificado”.

Fundamento

Esta norma del Proyecto reitera el régimen actual del Código Civil argentino, que expresa el art. 1.117 desde su reforma por ley 24.830, el cual ha sido criticado severamente por la doctrina.

La única causa de exención de responsabilidad, según la norma proyectada, es el caso fortuito. No se reconoce el valor eximente del hecho de tercero ajeno a la actividad del establecimiento. Pero el hecho de tercero, cuando cumple los requisitos debidos, entre ellos la ajenidad del tercero y la inevitabilidad del hecho, tiene que eximir de responsabilidad al establecimiento educativo.

Un ejemplo de aplicación del art. 1767 del Proyecto: El colegio será responsable de los daños sufridos por los alumnos que sean víctimas de un atentado terrorista perpetrado dentro del colegio, de acuerdo con la norma que consideramos ⁵⁸, lo cual es absurdo. Otro ejemplo: Un alumno es secuestrado por un grupo de delincuentes que ingresan con armas de fuego y reducen por la fuerza al guardián de seguridad y al portero que vigilan la entrada del colegio.

Tampoco es razonable que sea responsable el propietario del colegio si uno de los alumnos agrede intencionalmente a otro, por ej. con un compás, un ladrillo o una silla, o le empuja adrede escaleras abajo, o lo lesiona en un acto de imprudencia. Si esto sucediese a pesar de que las autoridades y el personal del establecimiento hubiesen puesto las máximas diligencias que les sean exigibles en las circunstancias

⁵⁸ Matilde Zavala de González ponía este ejemplo al objetar el régimen del Proyecto de nuevo Código Civil de 1998, que contenía el mismo defecto, en *Valoraciones...*, cit., p. 127.

del caso para evitar todo daño, el perjuicio causado por un alumno a otro en un régimen jurídico razonable debe considerarse hecho de tercero que exime de responsabilidad civil.

No hay razón para sustraer la responsabilidad de los dueños de los establecimientos educativos del régimen general que reconoce el valor eximente del hecho del tercero, régimen que establece el propio Proyecto en su art. 1.731.

Lo mismo hay que decir para el supuesto de perjuicio que se cause a sí misma la propia víctima, o sea el alumno, cuando las autoridades y dependientes del establecimiento hayan puesto toda la vigilancia posible y todas las diligencias posibles para la prevención de los daños. Es irrazonable e injusto que el propietario del colegio deba indemnizar el daño que sea exclusiva consecuencia de la culpa del propio alumno, v. gr. un joven que realiza una actividad peligrosa dentro del establecimiento (por ej. subir al techo, manipular conductores eléctricos, etc.), desobedeciendo prohibiciones expresas al respecto y burlando la mayor previsión y la mejor vigilancia que las autoridades y empleados del colegio puedan poner de acuerdo con las circunstancias; o el caso del alumno que inicia una pelea de la cual resulta herido en el rostro y con pérdida de piezas dentarias, si el daño no ha podido evitarse con la más presta actuación del personal del colegio, que conoció la riña unos segundos después que se iniciara e intervino inmediatamente para hacerla cesar ⁵⁹.

Esta regla del Proyecto es manifiestamente violatoria del “principio constitucional de igualdad”: *De los cientos de especies de empresas, el establecimiento educativo. y quizás el hotel y ciertos establecimientos y locales asimilables que se mencionan en el art. 1375 del Proyecto (según se interprete el art. 1371, de lo cual tratamos en el ítem siguiente), son las únicas que no se liberan de responsabilidad por hecho de tercero extraño o por culpa de la propia víctima. No existe razón que justifique esta desigualdad de trato jurídico.*

En suma, esta norma del art. 1767 que excluye para el caso de los establecimientos educativos las eximentes normales del hecho del tercero y de la culpa de la víctima es injusta, inconstitucional (por vulnerar el principio constitucional de igualdad ante la ley, arg. art. 16 C.N.) e incoherente con todo el régimen de la responsabilidad civil del propio Proyecto.

Con la norma que objetamos se garantiza más una compensación económica a la víctima, pero se quebranta una exigencia ético-jurídica fundamental de la responsabilidad civil: *la razonabilidad de la atribución del deber de resarcir.*

Pero más allá de lo dicho, que ya es un grave yerro del Proyecto, el deber indemnizatorio que se impone al establecimiento alcanza aun las actividades educativas o recreativas normales y de suyo no riesgosas, como explica Matilde Zavala de González: “... tampoco el establecimiento se libera ante daños sufridos por alumnos,

⁵⁹ En el mismo sentido, Matilde Zavala de González ilustra con el caso del adolescente que decide suicidarse en un baño de la escuela y con un elemento de uso común (*Valoraciones...*, cit., p. 126).

así sean adolescentes, en actividades educativas o recreativas normales e intrínsecamente inocuas [...] la responsabilidad surgirá inclusive por perjuicios experimentados en el despliegue natural y correcto de emprendimientos recreativos, deportivos o similares [...]. Ello, a pesar de que precisamente para su ejercicio los hijos son enviados por los padres a la escuela y aunque no haya intervenido ni haya tenido el deber de intervenir ningún docente para controlarlos o impedirlos (correr en el recreo, saltar a la piola o jugar a las escondidas) y de que no medie ninguna irregularidad (puede tratarse de un puro accidente: un tropezón espontáneo, no debido a ningún obstáculo material). De haberse realizado esos hechos bajo control de la autoridad paterna o de cualquier otro guardador, a nadie se le ocurriría buscar un posible responsable”⁶⁰.

De esta responsabilidad civil desorbitada de los establecimientos educativos no se encuentran precedentes en las legislaciones extranjeras, ni en las dictadas antes de la reforma del art. 1.117 del C.C. argentino en 1997, ni tampoco en las dictadas posteriormente. Citamos algunos códigos civiles sancionados en las últimas dos décadas: Cód. Civil de Quebec de 1993, Cód. Civil de la Federación Rusa de 1995, Cód. Civil de Brasil de 2.002, Cód. Civil de Mongolia de 2002; Cód. Civil de Vietnam de 2001, Ley de Derecho de Daños (*Law of Torts*) de la República Popular de China de 2009).

⁶⁰ Zavala de González, *Valoraciones...*, cit., p. 127.

77) PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD

Texto del Proyecto:

Art. 1770 – **Protección de la vida privada.** El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica *retratos*, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en *un diario o periódico del lugar*, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.

Modificación propuesta:

A) En el art. 1770 reemplazar el término “retratos” por la frase “*imagen de una persona*”.

B) En lugar de “intimidad” poner “*intimidad personal o familiar*”.

C) Sustituir la frase “un diario o periódico del lugar” por la frase “*un medio masivo de comunicación del lugar*”⁶¹.

Fundamento

A) El derecho reconoce el “derecho al respeto de la imagen”; y así el art. 53 del mismo Proyecto enuncia el “derecho a la imagen” y el art. 52 trata de las lesiones en el uso de la “imagen” de una persona. El término “retrato” tiene un significado más restringido, limitado a la pintura o a la efigie que representa a una persona⁶².

B) Debe sustituirse “intimidad” por “intimidad personal o familiar” en estas normas relativas a la prevención del daño y a la responsabilidad por daños, para que estos efectos jurídicos se correspondan con la amplitud con que se reconoce el derecho al respeto de la intimidad en el art. 52 del Proyecto.

C) Si la lesión a la intimidad es causada a través de un medio masivo de comunicación de índole audiovisual, para la adecuada reparación puede ser necesario que se publique la sentencia en un medio de esa clase.

⁶¹ Las tres propuestas de enmiendas de este artículo fueron expuestas en la ponencia colectiva presentada por el Colegio Público de Abogados en la Audiencia de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial, en Buenos Aires, 23/8/2012.

⁶² Cfr. Real Academia Española, *Diccionario.....*, voz Retrato.

78) CONTRADICCIÓN EN EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR ACUSACIÓN CALUMNIOSA

Texto del Proyecto:

Art. 1771 – **Acusación calumniosa.** En los daños causados por una acusación calumniosa sólo se responde por *dolo o culpa grave*.

El denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querrela si *se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado*.

Modificación propuesta:

Suprimir el primer párrafo del art. 1771 o el segundo párrafo de dicho artículo.

Fundamento

Hay una manifiesta contradicción entre los dos párrafos del artículo indicado. Conforme al primer enunciado, el autor de una acusación calumniosa se libera de responsabilidad por el daño causado siempre que no haya obrado con dolo o con culpa grave; por lo tanto, se libera si ha obrado con culpa leve. Pero según el segundo enunciado, si ha obrado con culpa leve no se libera, sino que sólo se libera en caso de error justificable con respecto al hecho denunciado, o sea, en caso de error excusable.

79) INCOHERENCIA ENTRE LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO CAUSADO EN LEGÍTIMA DEFENSA Y LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO CAUSADO EN ESTADO DE NECESIDAD

Texto del Proyecto:

Art. 1718 – **Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho.** Está justificado el hecho que causa un daño: [...]

b) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una *reparación plena*.

c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado *en la medida en que el juez lo considere equitativo*.

Modificación propuesta:

Uniformar las soluciones indemnizatorias de los incisos b) y c) del art. 1718 en lo que respecta a la cantidad del resarcimiento, ya sea estableciendo el derecho a la reparación plena en ambos supuestos, ya sea facultando al juez en ambos casos para que resuelva equitativamente la medida del resarcimiento.

Fundamento:

La regla del art. 1718 inc. b) del Proyecto, relativa a la reparación civil en caso de daño causado en legítima defensa propia o de terceros, es incongruente, en lo que concierne a la medida de la indemnización, con la regla del art. 1718 inc. c) del mismo Proyecto que establece la reparación del daño irrogado en “estado de necesidad” justificado. Pues en el primer caso se dispone la “reparación plena” del daño y en el segundo caso no se dispone el resarcimiento pleno del perjuicio, sino un resarcimiento “en la medida en que el juez lo considere equitativo”.

Adviértase la incoherencia que resulta: Si una persona, como medio necesario para defender su vida de una injusta agresión actual o inminente toma un automóvil ajeno para huir, lo conduce a alta velocidad, choca y el rodado resulta destruido o deteriorado, está obligado a indemnizar el ciento por ciento de la destrucción o deterioro (según el art. 1719 inc. b *in fine* del Proyecto); pero si toma un automóvil ajeno para evitar un mal mayor fuera de la situación de legítima defensa –por ej. para trasladar a alguien a un centro asistencial o para evitar un daño patrimonial, como sucede si persigue a quienes le hurtaron algo, para recuperarlo–, lo conduce a alta velocidad, choca y el rodado resulta destruido o deteriorado, está obligado a indemnizar sólo una parte del deterioro o destrucción, la parte “que el juez considere equitativo” (según el art. 1719 inc. c *in fine*).

80) MEDIDAS JUDICIALES RESPECTO DE LAS INMISIONES

Texto del Proyecto:

Art. 1973 – **Inmisiones.** Las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, *ruidos*, vibraciones o inmisiones similares por el *ejercicio de actividades* en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquéllas.

Según las circunstancias del caso, *los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños.* Para disponer el cese de la inmisión, el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción.

Modificaciones propuestas

A) Sustituir el término “ruidos” por el término “sonidos”.

B) Agregar al final del segundo párrafo el enunciado siguiente: “Puede también disponer solamente la indemnización de los daños, si razones de bien público justifican la continuación de la actividad y las molestias no son desproporcionadas”

Fundamentos

A) El término “ruidos” resulta demasiado estrecho, pues significa “sonido inarticulado, por lo general desagradable”, como lo define el diccionario ⁶³. “Sonido” es una palabra de alcance más amplio, que comprende otros fenómenos que no son ruidos: los efectos de la ejecución de instrumentos musicales, la voz humana propalada por un micrófono, que no son ruidos pero que pueden causar molestias y perjuicios.

B) Conforme al art. 2618 de nuestro Código Civil, se distinguen tres hipótesis:

- las molestias “que no exceden la normal tolerancia”, las cuales no dan lugar a ninguna acción judicial;

- las molestias que exceden aquel límite, y por lo tanto son perjuicios, pero cuya producción se justifica por la utilidad común: en tal caso el juez no debe ordenar que cesen, pero debe atribuir una indemnización a los damnificados, que el autor debe pagar mientras sucedan tales daños;

- los actos perjudiciales que por su entidad y las circunstancias, el juez debe ordenar que cesen (y en caso que ya hubiesen causado daños, debe mandar la reparación de ellos).

⁶³ Cfr. Real Academia Española, *Diccionario...*, cit.

En cambio, las reglas respectivas del Proyecto sólo permiten dos alternativas:

- molestias que están dentro de la normal tolerancia y no dan lugar a ninguna acción judicial, y

- molestias que exceden ese límite, respecto de las cuales el juez a pedido del afectado debe ordenar su cesación, y en su caso, la indemnización.

Puede verse que en el Proyecto queda descartado el supuesto de molestias que por su intensidad o duración exceden la normal tolerancia pero cuya realización se permite por razones de bien común, con el cargo de indemnizar a los afectados. Éste es precisamente el supuesto de responsabilidad civil por hechos *lícitos* en la actividad industrial, unánimemente admitido por la doctrina, y que ahora desaparecería del sistema legal argentino si se aprobara este artículo del Proyecto.

81) INCERTIDUMBRE ACERCA DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RESARCITORIA POR PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO

Texto del Proyecto:

Art. 2561, 2º párr. – El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres (3) años.

Modificación propuesta:

Agregar al texto del art. 2561, 2º párrafo, el término “extracontractual”, de modo que quede así:

Art. 2561, 2º párr. – El reclamo de indemnización por daños derivados de la responsabilidad civil *extracontractual* prescribe a los tres años.

Fundamento

El Código Civil actual establece en el art. 4037: “Prescribese por dos años la acción por responsabilidad civil *extracontractual*”. En cambio, el texto del Proyecto dice “daños derivados de la responsabilidad civil”.

Está claro que la prescripción del reclamo resarcitorio en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, que actualmente tiene un plazo de dos años (art. 4037) se extiende a tres años en el Código proyectado. Pero ¿cuál es allí el término de prescripción en la responsabilidad por perjuicios derivados del incumplimiento de contratos, o de la inejecución de obligaciones en general?

Como exponemos a continuación, hay argumentos para sostener que se aplica el lapso trienal dispuesto en el art. 2561, 2º párr.; pero también hay argumentos para concluir que se aplica el plazo genérico de cinco años que establece el art. 2560.

A favor de la primera conclusión puede razonarse:

1) La letra de la ley es clara, y como dice el adagio hermenéutico, “si la ley es clara no debemos distinguir” (*ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*). Luciano Enrici señala esta posible interpretación del art. 2561 2º párr. del Proyecto, en apoyo de la cual cita el criterio hermenéutico afirmado a menudo por el máximo tribunal del país: “El nuevo texto dice «responsabilidad civil» a secas. Al no formularse distingos, puede interpretarse razonablemente que comprende las dos esferas de responsabilidad, siendo que, de convertirse en derecho vigente el Anteproyecto, «la primera fuente de la exégesis de la ley es su letra, y cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma y la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin susti-

tuir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades»⁶⁴.

2) En el Proyecto se ha unificado el régimen de responsabilidad de fuente contractual (u obligacional, para decirlo con más exactitud) y el régimen de responsabilidad de fuente extracontractual (o extraobligacional); por tanto, son comunes a ambos las reglas de la prescripción, así como son comunes a ambos, en general, todas las normas de responsabilidad civil contenidas en el capítulo respectivo del Proyecto.

3) Si el texto del actual art. 4037 dice que el lapso de prescripción de la acción por “responsabilidad extracontractual” es de dos años, y los autores del Anteproyecto, al redactar la norma correspondiente, quitaron el adjetivo “extracontractual”, entonces hay que concluir que quisieron eliminar la restricción, y que por ende el nuevo plazo de tres años se aplica a toda acción de responsabilidad civil, sea contractual, sea extracontractual.

Pero también hay razones que llevan a concluir que el plazo prescriptivo es de cinco años:

1) El art. 2561 párr. 2º del Proyecto ocupa el lugar del art. 4037 del actual Código Civil; por lo tanto, los autores del Anteproyecto no quisieron modificar el supuesto, sino solamente el plazo, aumentándolo a tres años, y por descuido, omitieron escribir el adjetivo “extracontractual”; en conclusión, allí se regula sólo el lapso prescriptivo para la obligación resarcitoria de fuente extracontractual.

2) Además, si se comprendiese la acción de indemnización por incumplimiento de contrato en la norma de prescripción trienal del art. 2561, 2º párr., sucedería que en un determinado momento el acreedor gozaría de la acción para exigir el cumplimiento de la obligación, pero estaría prescripta la acción para obtener el resarcimiento por el incumplimiento de dicha obligación (por ej. si un contratante demanda por cumplimiento de contrato tres años y seis meses después del día de vencimiento de la obligación), lo cual se ve incongruente.

3) Hay que interpretar que en el art. 2561, 2º párr. se quiso señalar plazo especial de prescripción sólo para la acción resarcitoria de fuente extracontractual, pues el resarcimiento en el ámbito de la responsabilidad contractual en ningún Código Civil tiene norma específica que determine el plazo. Y la razón de esto la explicaba De Cupis: “No se encuentra una regulación específica para la prescripción del derecho al resarcimiento en el ámbito de la responsabilidad contractual, por cuanto al ser simplemente una transformación del derecho de crédito violado está sujeta a su mismo término de prescripción. Una regulación específica de la prescripción del de-

⁶⁴ Cfr. Luciano Enrici, *La regulación de la prescripción liberatoria en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial Unificado y sus posibles incidencias en las obligaciones tributarias locales*, El Derecho, Buenos Aires, 29/6/2012, p. 7. La sentencia que cita es de la C.S.J.N., 12/12/2006, “Martínez, Alberto Manuel c/ Universidad Nacional de Tucumán”, publicada en *Fallos*, T. 329–IV, p. 5621. La misma doctrina en *Fallos*, T. 321–II, p. 2093; T. 320–I, ps.61 s.; T. 304–II, p.1821; T. 314–II, p. 1850.

recho al resarcimiento sucede en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, por cuanto en ella el derecho al resarcimiento es un derecho nuevo y distinto respecto al anterior derecho violado”⁶⁵.

⁶⁵ Adriano De Cupis, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 1975, n° 154, ps. 783 s.

82) EXIGUO PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA LOS CRÉDITOS TRIBUTARIOS

Texto del Proyecto:

Art. 2562 – **Plazo de prescripción de dos años.** Prescriben a los dos (2) años: [...]

c) el reclamo de todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos, excepto que se trate del reintegro de un capital en cuotas [...].

Modificación propuesta:

Enmendar el art. 2562 inc. c), de modo que quede así: “Prescriben a los dos años: [...] c) el reclamo de todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos, excepto que se trate del reintegro de un capital en cuotas *o de deudas tributarias nacionales, provinciales o municipales*”.

Fundamento

El art. 2562 inc. c) del Proyecto expresa: “Prescriben a los dos años: [...] c) el reclamo de todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos, excepto que se trate del reintegro de un capital en cuotas”. Quedan comprendidas en este supuesto las deudas por impuestos nacionales, provinciales y municipales, así como están comprendidas en el art. 4027 inc c) del actual Código Civil. En lo que concierne a esta clase de deudas, esta regla del Proyecto es perjudicial al Fisco, o sea al bien común o interés público, porque establece un plazo exiguo. Distinto es el caso del particular que es acreedor de una obligación que deba pagarse en periodos: si han transcurrido dos años desde el vencimiento, ha podido hacer demanda judicial; y si no la hizo y pierde la posibilidad de exigir el pago en juicio, el resultado no es excesivo. Pero el Estado depende de la diligencia de sus funcionarios, empleados y abogados; además, se trata de una legión de decenas o centenas de miles de deudas mensuales o bimestrales cuyo pago se va atrasando en distintos momentos y respecto de distintos periodos. Por tanto, debe otorgarse un plazo más adecuado para la prescripción de las deudas tributarias, como es el que actualmente rige, de cinco años.

Al respecto, Luciano Enrici ha hecho notar, además, que hay supuestos en que la obligación tributaria no puede ser cobrada por la Administración Pública el día del vencimiento, porque se requiere que ésta realice el proceso de determinación del importe de la deuda: “El Fisco en numerosas ocasiones no se halla en condiciones técnico-jurídicas de requerir judicialmente el pago de una deuda tributaria en forma inmediata a su vencimiento [...] Los supuestos a los que hago referencia son aquellos en los que el Fisco, para poder válidamente iniciar el requerimiento judicial, debe por ley partir de un procedimiento administrativo previo de determinación de

deuda –en donde debe asegurar el derecho a defensa y la tutela administrativa efectiva del sujeto deudor– que opera sobre periodos ya acontecidos, y del que surgen, por un acto de determinación de oficio, diferencias tributarias y accesorios a su favor [...]. La realidad indica que estos procedimientos suelen extenderse en el tiempo, en la medida en que son varios los actos que cumplen en su marco tanto las autoridades fiscales como los contribuyentes y/o responsables, aun antes de que se habiliten los mecanismos recursivos que en materia tributaria gozan de efecto suspensivo”⁶⁶.

Con respecto a los contribuyentes que omiten presentar la autoliquidación del impuesto que deben pagar, sea porque intentan evadirlo, sea por negligencia, la situación del Fisco, que debe determinar el quantum realmente debido para poder exigir el pago, es distinta de la situación del acreedor particular que conoce la existencia y cuantía del crédito y posee el título respectivo en su mano para exigir su pago. Es injusto que ambos sean tratados por la ley del mismo modo en lo que concierne al comienzo del lapso de prescripción y a la duración de éste.

Además, en el caso de los impuestos provinciales y municipales este plazo prescriptivo muy breve que se aprobara en el nuevo Código Civil no podría corregirse después con legislación específica. Una ley nacional referida a un impuesto nacional puede ampliar este plazo prescriptivo que disponga el nuevo Código y así enmendará el defecto, pues ley posterior modifica ley anterior. Pero, dado que según la doctrina y la jurisprudencia dominantes los legisladores provinciales y municipales no tienen facultades para normar en materia de prescripción de obligaciones tributarias, pues ello es pertenece al Derecho Civil y por ende es competencia del legislador nacional, conforme al art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional⁶⁷, entonces no podrán enmendar respecto de los impuestos locales el exiguo lapso prescriptivo.

⁶⁶ Luciano Enrici, *La regulación de la prescripción liberatoria en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial Unificado y sus posibles incidencias en las obligaciones tributarias locales*, El Derecho, Buenos Aires, 29/6/2012, p. 8.

⁶⁷ Cfr. C.S.J.N., 30/09/2003, “Filcrosa c/ Municipalidad de Avellaneda”, LL, 2004-D, p. 267. C.S.J.N., 26/03/2009, “Casa Casmma S.R.L. s/ concurso preventivo-incid. de verificación tardía, por Municipalidad de La Matanza” DJ, 13/05/2009, p. 1252. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ratificado recientemente esta doctrina (“las provincias no tienen competencia en materia de prescripción para apartarse de los plazos estipulados por el Congreso Nacional y tampoco la tienen para modificar la forma en que éste fijó su cómputo”, en sentencia de 1/11/1211, “Fisco de la Provincia de Córdoba c/ Ullate, Alicia Inés. Ejecutivo. Apelación. Recurso directo”).

83) REGLA INCORRECTA SOBRE EL COMIENZO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN LAS ACCIONES DE NULIDAD POR LESIÓN Y DE AJUSTE POR LESIÓN

Texto del Proyecto:

Art. 2563 – **Cómputo del plazo de dos años.** En la acción de declaración de nulidad relativa, de revisión y de inoponibilidad de actos jurídicos, el plazo se cuenta: [...] e) en la lesión, desde la fecha en que la obligación a cargo del lesionado debía ser cumplida.

Modificación propuesta:

Agregar al art. 2563 inciso e) la frase “*o desde la fecha en que cese el estado de inferioridad del lesionado, si esto es posterior*”, de modo que quede así:

“*Cómputo del plazo de dos años.* En la acción de declaración de nulidad relativa, de revisión y de inoponibilidad de actos jurídicos, el plazo se cuenta: [...] e) en la lesión, desde la fecha en que la obligación a cargo del lesionado debía ser cumplida *o desde la fecha en que cese el estado de inferioridad del lesionado, si esto es posterior*”.

Fundamento

Suele suceder que el propio lesionado, o su heredero, advierta la injusticia del contrato o acto lesivo mucho después de celebrado el acto, cuando se le exige el cumplimiento de la obligación u obligaciones, que es cuando se consuma en los hechos el despojo; *pero dado que también suele suceder que el lesionado (en los supuestos de inexperiencia o de “ligereza”) adquiera conciencia de la lesión o sea de la pérdida patrimonial aún más tarde, o que cese el “estado de necesidad” más tarde, en tal caso se debe preferir para la determinación legal del comienzo del plazo prescriptivo el momento en que haya cesado la situación de inferioridad.*

Por lo expuesto, la norma justa sobre el comienzo del curso de la prescripción de las acciones de nulidad y de ajuste por lesión en los actos jurídicos es la siguiente: El plazo prescriptivo debe computarse desde la fecha en que deba ser cumplida la obligación a cargo del lesionado, *pero para el caso de que se pruebe que a esa fecha ha subsistido el estado de inferioridad del lesionado el tiempo para la prescripción debe contarse desde que dicho estado haya cesado.*

Esto es así porque la prescripción –por definición– no opera por el solo transcurso del tiempo, sino por la inacción del interesado en hacer valer la acción más el transcurso del tiempo. ¿Y cómo puede actuar el lesionado si ignora el vicio estructural del acto que lo habilita para reclamar la anulación o el ajuste cuantitativo de las

prestaciones, o si se halla en una situación de inferioridad que le impide hacer el reclamo?

En tal sentido, disponía el Código Civil de Hungría de 1960: “... (2) El plazo para una demanda de anulación comienza a correr [...] c) En el caso de una desproporción manifiesta entre las prestaciones de las partes, desde el momento en que la parte lesionada ha ejecutado su obligación, y si esta parte en el momento de la ejecución se ha hallado en una situación de presión (*dans un état de contrainte*), en el momento en que ese estado haya terminado” (art. 236) ⁶⁸.

La solución que proponemos, además, coincide con la que la ley vigente contiene para la acción de nulidad en los demás vicios del consentimiento (violencia, intimidación, error, dolo o falsa causa): “... se prescribe por dos años, desde que la violencia o intimidación *hubiese cesado*, y desde que el error, el dolo o a falsa causa *fuese conocida*” (art. 4030 C.C.).

El imperativo que funda la regla del art. 4030 C.C. y que funda la norma que proponemos para el caso de la lesión es el principio general *contra non valentem agere non currit praescriptio* (*contra quien no puede ejercer la acción no corre la prescripción*).

Véase que este mismo Proyecto, en todos los demás casos de acción de nulidad, aplica el criterio de que el lapso prescriptivo comienza a correr cuando cesa el error del interesado o cesa la situación que lo llevó a concertar el acto nulo o anulable: en la nulidad por vicio de la voluntad, desde que cesó la violencia o desde que el error o el dolo se conocieron o pudieron ser conocidos (art. 2563 inc. a); en la acción de simulación ejercida por tercero, desde que éste conoció o pudo conocer el vicio del acto jurídico (art. 2563 inc. c); en la nulidad por incapacidad, desde que ésta cesó (art. 2563 inc. d); en la acción de fraude, desde que se conoció o se pudo conocer el vicio del acto (art. 2563 inc. f), en la revisión de actos jurídicos, desde que se conoció o pudo conocer la causa de la revisión (art. 2563 inc. g).

⁶⁸ *Code Civil de la Rép. Populaire Hongroise*, trad. francesa de Pal Sebestyén, Corvina, Budapest, 1960, p. 62.

84) OMISIÓN DE LA SANCIÓN DE NULIDAD PARA LOS PLAZOS DE CADUCIDAD EXCESIVAMENTE BREVES

Texto del Proyecto:

Art. 2568 – **Nulidad de la cláusula de caducidad.** Es nula la cláusula que establece un plazo de caducidad que hace excesivamente difícil a una de las partes el cumplimiento del acto requerido para el mantenimiento del derecho o que implica un fraude a las disposiciones legales relativas a la prescripción.

Modificación propuesta:

Añadir en el art. 2568 la frase “excesivamente breve o”, de modo que quede como sigue: “Es nula la cláusula que establece un plazo de caducidad *excesivamente breve o* que hace muy difícil a una de las partes el cumplimiento del acto requerido para el mantenimiento del derecho o que implica un fraude a las disposiciones legales relativas a la prescripción”.

Fundamento

La norma del art. 2568 previene abusos en el uso de los plazos de caducidad. Pero ha omitido mencionar precisamente el abuso más frecuente, que son los plazos de caducidad *excesivamente breves*. Así por ejemplo, cuando una cláusula expresa que la responsabilidad de la empresa por su incumplimiento cesa si el cliente no presenta su reclamo en las oficinas de aquella dentro de las 24 horas del incumplimiento: hacer este reclamo dentro de ese lapso puede ser una acción que no sea “excesivamente difícil” para el cliente, pero es una exigencia excesiva y es una injusticia que el cliente pierda todo su derecho por haber transcurrido un día y algunas horas entre el incumplimiento y el reclamo.

85) ACTOS QUE IMPIDEN LA CADUCIDAD

Texto del Proyecto:

Art. 2569 – **Actos que impiden la caducidad.** Impide la caducidad:

- a) el cumplimiento del acto previsto por la ley o por el acto jurídico;
- b) el reconocimiento del derecho realizado *por la persona contra la cual se pretende hacer valer la caducidad* prevista en un acto jurídico o en una norma relativa a derechos.

Modificación propuesta:

En el art. 2569 inc. b) reemplazar el texto “realizado por la persona contra la cual se pretende hacer valer la caducidad” por el texto siguiente: “*realizado por la persona que pretende hacer valer la caducidad*”.

Fundamento

El art. 2569 inc. b), yerra al mencionar los sujetos, pues lo hace al revés. Debe decir que impide la caducidad el reconocimiento del derecho *realizado por la persona que pretende hacer valer la caducidad*.

86) DERECHO DE RETENCIÓN: REQUISITOS DE LA COSA

Texto del Proyecto:

Art. 2588 – **Cosa retenida.** Toda cosa que esté en el comercio puede ser retenida, siempre que deba restituirse y sea embargable según la legislación pertinente.

Modificación propuesta:

Eliminar el art. 2588.

Fundamento

a) En este artículo no se dice expresamente que las cosas que “no estén en el comercio” no puedan ser retenidas; pero es lo que hay que concluir de la interpretación del texto *a contrario sensu*: “Las cosas que están en el comercio pueden ser materia del derecho de retención; *a contrario sensu* las cosas que no están en el comercio no son retenibles”

Esta regla es incorrecta. Veámoslo en un ejemplo de aplicación. Hay cosas que por pertenecer al patrimonio histórico arqueológico o artístico nacional son “*extra commercium*”. Pero si se entregan a un restaurador que hace su trabajo sobre ellos, es justo que éste retenga el objeto hasta que cobre lo que le es debido en razón de su labor. La razón de ser del derecho de retención es la tutela del derecho de cobrar de quien ha puesto su trabajo y/o gastos en la cosa de otro; la razón de ser del derecho de retención no es la ejecución de la cosa para cobrarse de su producido. Esto último es un efecto secundario del derecho de retención, que a veces puede faltar, pues no es la razón esencial del derecho de retención.

b) En este artículo del Proyecto se pone como requisito, para que la cosa pueda ser objeto del derecho de retención, que ella sea *embargable*.

No hay razón para exigir que la cosa sea embargable para que ella pueda ser lícitamente retenida. El derecho de retención no es esencialmente un medio para hacer efectivo el pago con el producido de la cosa, como dijimos en el punto anterior, sino que es un recurso para compeler al deudor a que haga el pago.

Si lo que se quiere es que el deudor no quede privado de las cosas que le son necesarias para atender decorosamente a sus necesidades (v. gr. ropas y muebles domésticos de uso cotidiano) no debe ponerse como requisito la embargabilidad de la cosa, sino “que la cosa no sea necesaria para la vida decorosa del deudor y su familia”. Hay cosas que son inembargables por ley y que no tienen nada que ver con esto, por ej. los sepulcros y los muebles destinados al funcionamiento de asociaciones profesionales.

87) DERECHO DE RETENCIÓN: TRANSMISIBILIDAD

Texto del Proyecto:

Art. 2592 – **Efectos.** La facultad de retención:

a) se ejerce sobre toda la cosa cualquiera sea la proporción del crédito adeudada al retenedor;

b) *se transmite con el crédito al cual accede;*

c) no impide al deudor el ejercicio de las facultades de administración o disposición de la cosa que le corresponden, pero el retenedor no está obligado a entregarla hasta ser satisfecho su crédito;

d) no impide el embargo y subasta judicial de la cosa retenida, por otros acreedores o por el propio retenedor. En estos casos, el derecho del retenedor se traslada al precio obtenido en la subasta, con el privilegio correspondiente;

e) mientras subsiste, interrumpe el curso de la prescripción extintiva del crédito al que accede;

f) en caso de concurso o quiebra del acreedor de la restitución, la retención queda sujeta a la legislación pertinente.

Modificación propuesta:

Eliminar el inc. b) del art. 2592.

Fundamento

La regla general es que los derechos son transmisibles *mortis causa* y transmisibles *inter vivos*, y también las facultades que integren un derecho son transmisibles. Pero sucede que quien ejerce el derecho de retención, por ello mismo está sujeto a varios deberes jurídicos, como son el deber de conservar la cosa en buen estado, el deber de abstenerse de usarla y el deber de restituirla a su dueño cuando éste pague la obligación o ésta quede extinguida. Y hay un principio general, universalmente aceptado, según el cual *nadie tiene derecho de transmitir a otro su deber jurídico y liberarse de él, sin el acuerdo del acreedor*. Por consiguiente, el retenedor, que es deudor de diversas obligaciones, no tiene derecho de transmitir *inter vivos* la cosa sin la conformidad del dueño de ella, pues tiene deberes para con éste que no puede transmitir a un tercero sin la conformidad del dueño de la cosa ⁶⁹.

⁶⁹ Cfr. Pedro León, *A propósito del derecho de retención*, Comercio y Justicia, Córdoba, 2/10/64, p. 5. Luis Moisset de Espanés, *Transmisibilidad del derecho de retención*, Comercio y Justicia, separata, Córdoba, 1967, ps. 9 s. Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, 4ª ed. aumentada y actualizada por Félix A. Trigo Represas, T. 4, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 258.

88) ELIMINACIÓN DEL PRIVILEGIO DEL CRÉDITO DEL LOCADOR

Texto del Proyecto:

Art. 2582 – **Enumeración.** Tienen privilegio especial sobre los bienes que en cada caso se indica:

a) los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, sobre ésta. Se incluye el crédito por expensas comunes en la propiedad horizontal;

b) los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por SEIS (6) meses y los provenientes de indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del deudor, se encuentren en el establecimiento donde presta sus servicios o que sirven para su explotación.

Cuando se trata de dependientes ocupados por el propietario en la edificación, reconstrucción o reparación de inmuebles, el privilegio recae sobre éstos;

c) los impuestos, tasas y contribuciones de mejoras que se aplican particularmente a determinados bienes, sobre éstos;

d) lo adeudado al retenedor por razón de la cosa retenida, sobre ésta o sobre las sumas depositadas o seguridades constituidas para liberarla;

e) los créditos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante;

f) los privilegios establecidos en la Ley de Navegación, el Código Aeronáutico, la Ley de Entidades Financieras, la Ley de Seguros y el Código de Minería.

Modificación propuesta:

En el art. 2582 agregar un inciso con la mención del privilegio del locador, con el objeto y el alcance que se expresan en el art. 3883 del Código Civil actual.

Fundamento

En el Proyecto se ha suprimido el privilegio del crédito del locador por el precio de la locación y por todas las demás obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento, tanto de inmuebles urbanos como rurales, que existe en el Código Civil vigente y que recae sobre las cosas muebles que se hallan en la casa o que sirven para la explotación del predio rural (arts. 3883 ss.).

El privilegio del crédito del locador sobre las cosas del locatario que se encuentran en el inmueble locado se funda en el hecho de que el inmueble les ha dado cobijo a tales cosas⁷⁰ y las ha reguardado de la intemperie y del hurto; por ende ha contribuido a la conservación de ellas, por lo cual es justo que el locador sea preferido

⁷⁰ Cfr. Lafaille, *Tratado de las obligaciones*, T. I, n° 678; Llambías, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, cit., T. I, n° 533.

para cobrar su acreencia sobre el producido de tales cosas, antes que otros acreedores cuyos créditos no tienen relación con la conservación de dichos objetos y que se verían beneficiados precisamente por la conservación de ellos, logradas gracias al inmueble arrendado ⁷¹.

Por lo expuesto, la ausencia del privilegio del locador en el Proyecto es injusta. Además, es incongruente con el privilegio que el mismo Proyecto reconoce a quien ha realizado gastos para la conservación de la cosa ⁷².

⁷¹ Cfr. Lafaille, *Tratado de las obligaciones*, T. I, n° 678; Llambías, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, cit., T. I, n° 533.

⁷² “Tienen privilegio especial sobre los bienes que en cada caso se indica: s) los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, sobre ésta [...]” (art. 2582).

89) PATRIA POTESTAD: DENOMINACIÓN Y CARACTERIZACIÓN DE LA INSTITUCIÓN

Texto del Proyecto:

Art. 638 – **Responsabilidad parental. Concepto.** La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

Propuesta de modificación

Enmendar el art. 638, de modo que quede como sigue:

Art. 638 – **Potestad parental y responsabilidad parental. Concepto.** La potestad parental y la responsabilidad parental comprenden respectivamente el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral, *desde la concepción de éste* y mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

Fundamento

1) Se encuentran bajo la protección debida por sus padres, no sólo los menores de edad, sino también las personas por nacer. El art. 638 del Proyecto ha omitido mencionar estos últimos, que en la definición de la patria potestad en el actual Código Civil se mencionan: “La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, *desde la concepción de éstos* y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado” (art. 264).

Es necesario enmendar el art. 638 en este punto, por la razón expuesta. Además, con dicha enmienda el art. 638 será congruente con el art. 101 del propio Proyecto, que al referirse a los padres como representantes de los hijos, dice que tal representación la tienen respecto de las personas por nacer y respecto de las personas menores de edad no emancipadas.

2) Con respecto a la designación de la institución como “responsabilidad parental”, término que en el Proyecto sustituye la expresión “patria potestad” del actual Código Civil, hay que advertir:

a) No es incorrecta la denominación “parental”, porque el adjetivo significa lo relativo a los padres, en uno de sus sentidos (pues también significa lo relativo a los parientes en general).

b) No es incorrecto que se hable de “responsabilidad” parental, pues se trata de una regulación que incluye una cantidad de deberes, y una de las acepciones del término “responsabilidad” es “deber” en general (aunque no es la acepción más estricta, pues “responsabilidad” en sentido estricto, tanto en el habla vulgar como en el léxico jurídico es el deber específico de hacerse cargo de las consecuencias de los daños causados o de las faltas cometidas).

c) *Es incorrecto que se suprima el término “potestad” en la denominación de la institución*, pues esta institución comprende también derechos y facultades de los padres, respecto de sus hijos, y respecto de terceros en lo que concierne a sus hijos (véase que el propio art. 638 dice que comprende “deberes y *derechos* de los progenitores sobre la persona y bienes del hijo”); pero si se comprenden derechos, la denominación “responsabilidad” parental es incompleta. El conjunto de tales derechos y facultades de los padres se califica clásicamente como “potestad”, la cual incluye cierto poder jurídico sobre el cuerpo del hijo, que es más intenso mientras menor sea la edad de éste y mientras más necesite de la protección o asistencia de los padres (para ilustrar lo dicho con un ejemplo: si los padres se trasladan temporaria o definitivamente a otra ciudad, tienen derecho de llevar con ellos a su hijo de diez años de edad, y tienen potestad sobre su cuerpo para trasladarlo, así como para impedir que salga de la casa en ciertas circunstancias, para hacer que asista a la escuela, para llevarlo al médico, etc.).

Por lo expuesto, se propone completar, tanto en el texto normativo del art. 638 como en su epígrafe, la expresión “responsabilidad parental”, de modo que diga “potestad parental y responsabilidad parental”.

90) PATRIA POTESTAD: FACULTAD DE CORRECCIÓN

Texto del Proyecto:

Art. 647 – **Prohibición de malos tratos. Auxilio del Estado.** Se prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes.

Los progenitores pueden solicitar el auxilio de los servicios de orientación a cargo de los organismos del Estado.

Modificación propuesta:

Agregar, al comienzo del artículo, el texto siguiente: “*Los padres tienen la facultad de corregir la conducta de sus hijos menores de edad*” y agregar en el epígrafe la frase “*Facultad de corrección*”, de modo que quede así:

Art. 647 – **Facultad de corrección. Prohibición de malos tratos. Auxilio del Estado.** Los padres tienen la facultad de corregir la conducta de sus hijos menores de edad. Se prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes.

Los progenitores pueden solicitar el auxilio de los servicios de orientación a cargo de los organismos del Estado.

Fundamento

El actual Código Civil expresa: “Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores. El poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores. Los jueces deberán resguardar a los menores de las correcciones excesivas de los padres, disponiendo su cesación y las sanciones pertinentes si correspondieren” (art. 278).

El Proyecto, al mencionar las facultades de los padres, ha omitido totalmente la facultad de corregir la conducta de sus hijos menores.

La corrección del hijo no es sinónimo de castigo corporal. Hay diversos medios pedagógicos que los padres lícitamente pueden poner en acción, y deben hacerlo, para corregir el comportamiento de los hijos, y que no son castigos corporales: reprimendas, premios y estímulos, moderadas penitencias, suspensión de ciertos beneficios o diversiones, etc. Sería absurdo que otras instituciones estén autorizadas para corregir la conducta de los menores con amonestaciones, pérdida de beneficios y otras sanciones (por ej. colegios y clubes deportivos) y ello se niegue a los padres. –

91) DEFECTOS MERAMENTE LÉXICOS

En este apartado agrupamos un conjunto de observaciones y las correspondientes correcciones que proponemos, las cuales, a diferencia de las expuestas en el desarrollo anterior, no se refieren al contenido normativo mismo de reglas del Proyecto, sino al aspecto gramatical o expresivo de los enunciados de las normas proyectadas.

Las falencias léxicas que se indican a continuación en general no llevan a un resultado injusto, ni generan necesariamente inseguridad jurídica por vaguedad o ambigüedad, ni se espera que reciban una interpretación distinta de la que se quiso, pero resultan incorrectas, sea respecto del sistema general de la lengua, sea en relación con el léxico técnico-jurídico.

a) El art. 350 expresa: “La exigibilidad o la extinción de un acto jurídico pueden quedar diferidas al vencimiento de un plazo”.

Debe decir: “La exigibilidad o la extinción *de los derechos nacidos* de un acto jurídico pueden quedar diferidos al vencimiento de un plazo”.

Porque aquí los que son exigibles y extinguidos son los derechos que surgen de un acto jurídico, pero no el “acto jurídico”.

b) En el art. 434, donde dice “Las prestaciones alimentarias pueden ser fijadas aun después del divorcio: a) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse”, debe sustituirse “autosustentarse” por el término “sustentarse”.

La palabra “sustentarse” lleva el sufijo “se”, que significa “a sí mismo”; por tanto no es correcto, por redundante, poner el prefijo “auto”, que significa lo mismo que el sufijo “se”.

c) El art. 767 del Proyecto expresa: “... Si no fue acordada por las partes, ni por las leyes, ni resulta de los usos, la tasa de interés compensatorio *puede* ser fijada por los jueces”.

Debe reemplazarse “puede” por “debe”, pues no se quiere dar en esto al juez una facultad de ejercicio puramente discrecional, sino que se quiere disponer el modo de determinar la tasa de interés mediante una norma que es obligatoria para el juez.

d) El art. 886 expresa: “La mora del deudor se produce por el solo transcurso del plazo fijado para su cumplimiento”.

En vez de “para *su* cumplimiento”, debe decir “para el cumplimiento de la obligación”, pues no se trata del cumplimiento de la mora, sino del cumplimiento de la obligación.

e) El art. 887 inciso b), referido al plazo “indeterminado propiamente dicho”, dice:

“ [...] b) sujetas a plazo indeterminado propiamente dicho; *si no hay plazo*, el juez a pedido de parte, lo debe fijar mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor queda constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación.

En caso de duda respecto a si el plazo es tácito o indeterminado propiamente dicho, se considera que es tácito”. Debe suprimirse la frase “si no hay plazo...”, porque se trata de un plazo que existe, pero respecto del cual está indeterminado el momento en que se cumple.

f) En el art. 911, dentro del párrafo dedicado al pago por consignación extrajudicial realizado por el deudor en una escribanía pública, se dice: “Derechos del acreedor. Una vez notificado el depósito, dentro del quinto día hábil de notificado, el acreedor tiene derecho a: ...” y luego menciona las distintas conductas que puede realizar el acreedor al respecto.

Es incorrecto decir que “el acreedor *tiene derecho a*” cada una de estas conductas, entre ellas, rechazar el procedimiento y rechazar el pago que se le hace. Pues si el pago por consignación era procedente y el deudor cumplió con el dinero o cosa debida en calidad y cantidad, el acreedor no tiene derecho de rechazar el procedimiento ni el pago. En tal supuesto el acreedor incurre en mora.

Debe suprimirse la expresión “el acreedor tiene derecho a”, y en cada inciso, se debe poner, respectivamente “si el acreedor acepta el procedimiento...”, “si el acreedor rechaza el procedimiento...”, “si el acreedor rechaza el procedimiento...”

g) En la rúbrica de la sección 8ª del Libro III, Título I, capítulo 4, en vez de “Pago *por* subrogación” debe decir “Pago *con* subrogación”. Porque no es que la subrogación sea un medio de hacer el pago, ni es un modo de hacer el pago, sino que sucede que después de que el tercero paga la deuda ajena queda subrogado en los mismos derechos que tenía el acreedor respecto del deudor.

h) Así también en la rúbrica del art. 914 y en los textos normativos de los arts. 914 y 918 en lugar de “pago *por* subrogación” debe decir “pago *con* subrogación”.

i) Expresa el art. 955 *in fine* : “...Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, *la obligación modifica su objeto* y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados”.

Debe modificarse el texto de modo que quede: “Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, *se modifica el objeto de la obligación* y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados”.

Porque no es la obligación quien modifica su objeto, no es ella un ente vivo que tenga la posibilidad de modificarse a sí misma, sino que “se modifica el objeto de la obligación”.

j) En el art. 1113, donde dice “las partes quedan liberadas de sus obligaciones *correspectivas*”, debe quitarse el término “correspectivas”, que no existe ⁷³, y en su lugar usar “respectivas”, o “mutuas” o “recíprocas”

k) Sustituir el término “*locarse*” por un vocablo correcto (por ej. “arrendarse”, “alquilarse” o “darse en locación” en el art. 1194.

Sustituir el término “*sublocar*” por un vocablo correcto (por ej. “subarrendar” o “subalquilar”) en los arts. 1213 y 1214.

Sustituir la expresión “*cosa locada*” en los arts. 1189, 1190, 1194, 1201, 1202, 1209, 1214, 1219 y 1221, por la expresión “cosa arrendada” o por la expresión “cosa dada en locación”.

Existen los términos “locación” y “sublocación”, pero no existen los verbos “locar” y “sublocar” ⁷⁴, y tampoco existen los adjetivos “locado” y “locada”.

l) El art. 2540 dice “La suspensión de la prescripción no se extiende a favor ni en contra de los *interesados*, excepto que se trate de obligaciones solidarias o indivisibles”.

Debe decir: “La suspensión de la prescripción no se extiende a favor ni en contra de los *codeudores o coacreedores*, excepto que se trate de obligaciones solidarias o indivisibles”.

Pues en rigor la suspensión de la prescripción aprovecha a los interesados; lo que se quiso decir es que no aprovecha a los codeudores o coacreedores de una obligación indivisible ni de una obligación simplemente mancomunada.

m) El art. 2549 expresa: “La interrupción de la prescripción no se extiende a favor ni en contra de los *interesados*, excepto que se trate de obligaciones solidarias o indivisibles” .

Debe decir: “La interrupción de la prescripción no se extiende a favor ni en contra de los *codeudores o coacreedores*, excepto que se trate de obligaciones solidarias o indivisibles”.

Se aplica lo mismo que se dijo respecto del art. 2540.

n) El art. 2587, 2º párr., en el título sobre el derecho de retención, dice: “Tiene esa facultad sólo quien obtiene la *detención* de la cosa por medios que no sean ilícitos”. Pero el término “detentar” significa, conforme al Diccionario de la Real Academia, “retener y ejercer *ilegítimamente* algún poder” ⁷⁵. Por tanto, no puede usarse el vocablo “detentar” en este caso.

Por lo expuesto, el texto debe decir: “Tiene esa facultad sólo quien obtuvo *la tenencia o la posesión* de la cosa por medios que no sean ilícitos”.

⁷³ Real Academia Española, *Diccionario...*, cit.

⁷⁴ Real Academia Española, *Diccionario...*, cit.

⁷⁵ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., Espasa Calpe, Madrid, 2001.

ñ) Por la misma razón expuesta en el punto anterior, debe cambiarse el término “detentar” en el art. 2056 inc. n). –