

# PRESENTACIÓN SOBRE LA UNIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

*22 de agosto de 2012*

***PRESENTACIÓN DEL PROGRAMA DE JUSTICIA DE CIPPEC ANTE LA COMISIÓN BICAMERAL PARA LA REFORMA SOBRE ACTUALIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN***

Libros analizados: Título preliminar y Libro tercero

Autores: Sandra Elena, Martín Bohmer y Héctor Chayer<sup>1</sup>

Expondrá: Sandra Elena en representación del Programa de Justicia de CIPPEC

En primer lugar, quisiéramos agradecer a los miembros de la comisión la apertura del debate a través de audiencias públicas y la posibilidad de participar en él. Estamos convencidos de que una ley de la magnitud de un Código debe enriquecerse con los aportes, ideas y el debate de la sociedad en su conjunto. El proyecto bajo análisis es el resultado de un trabajo colectivo, que requirió –y requiere– la búsqueda de consensos para el establecimiento de las líneas básicas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Es importante resaltar la importancia de trabajar conjuntamente para obtener un Código que pretenda mantener vigencia por un largo período de tiempo, y que no sea solo la respuesta a problemas de coyuntura política. Es fundamental incorporar la legislación vigente que ha modificado el Código en los últimos años, como también tener muy presente la jurisprudencia, para receptor los principios que en ella se desarrollan.

Continuando con las líneas de lo expuesto por el Dr. Ricardo Lorenzetti y las Dras. Elena Highton y Aída Kemelmajer, acompañamos la necesidad de que este Código se sancione con la intención de procurar que exista equidad entre las partes de una relación jurídica. Es decir, que aquella parte vulnerable se encuentre equiparada a la otra en casos de una relación asimétrica. Debe estar enfocado en la solución de los problemas de las personas. Esto se ve por ejemplo en la incorporación de los contratos electrónicos y el derecho del consumidor, en la que se proponen normas protectorias frente a un obrar

---

<sup>1</sup> Sandra Elena es Directora, Martín Bohmer es Investigador Principal y Héctor Chayer es Investigador Asociado del Programa de Justicia de CIPPEC. Colaboraron con el documento Ana Pichon Rivière y Ada Inés Sánchez.

inexperto u otro tipo de vulnerabilidades. Este tipo de incorporaciones responden a necesidades de la realidad actual que requieren de una efectiva protección para aquella parte más débil o carente de información suficiente.

Entendemos que esta ha sido la intención del anteproyecto realizado por la Comisión y del proyecto presentado ante el Honorable Congreso de la Nación. Sin embargo, observamos que algunas de las modificaciones incorporadas por el PEN reflejadas en el expediente al que se dará tratamiento ante esta comisión, crean *la posibilidad de que se produzcan ciertas inequidades* que son las que nos traen en el día de hoy antes ustedes.

La exposición se focalizará en tres ejes centrales, basados en tres de las modificaciones introducidas por el PEN al anteproyecto redactado por la Comisión. Ellos son la taxonomía de tres tipos de derechos, la responsabilidad Penal del Estado, y los artículos que modifican las obligaciones de dar sumas de dinero. El tema central que atraviesa las tres temáticas, es la aparición o agravamiento de una inequidad entre dos sujetos ante un problema.

Por último, identificamos en la sección de la forma y prueba del acto jurídico una redacción imprecisa en lo que refiere al uso de “medios técnicos” y “medios electrónicos”.

Con base en lo expuesto, expresamos nuestra opinión sobre los siguientes temas.

#### *La taxonomía de los derechos (Libro tercero, Título V, Capítulo 1, Sección 5 del Anteproyecto de la Comisión)*

El Anteproyecto elaborado por la comisión de juristas propone una taxonomía de tres tipos de derechos: los derechos individuales, los derechos individuales homogéneos y los derechos de incidencia colectiva. En los casos de los derechos individuales homogéneos y en los de incidencia colectiva el Anteproyecto los define (art. 14), enumera los actores que tienen legitimación activa para ejercerlos (arts. 14, 1745 y 1746), caracteriza el tipo de remedio judicial disponible dependiendo del tipo de daño de que se trate (arts. 1745 y 1746), regula los requisitos de admisibilidad de las acciones colectivas (1747) y los alcances de la sentencia colectiva y de la cosa juzgada colectiva (art.1748).

De esta manera, el Anteproyecto recoge una larga lucha de reconfiguración de los derechos en la Argentina. A partir de las violaciones masivas y sistemáticas de derechos que el Estado argentino perpetrara en la última dictadura, la lucha de la sociedad civil y de la política democrática ha impuesto un cambio cultural clave: la preeminencia de los derechos constitucionales allí donde antes prevalecía cierta definición de bien común. Esta preeminencia de los derechos enfrenta a quienes pretenden hablar por el resto e imponer sacrificios de los derechos fundamentales de algunos con el argumento del bienestar general. Los derechos son derechos justamente porque pueden limitar a la voluntad de los muchos, de no ser así la Constitución carecería de sentido.

La conciencia mundial despertó a la importancia de esta gramática política (voluntad mayoritaria, sí, pero limitada por los derechos humanos) con el horror del Holocausto. En nuestro país los derechos humanos, las organizaciones que se formaron para defenderlos y la actividad política y jurídica en su defensa fueron la respuesta a la violación de derechos de la última dictadura. En esta actividad de defensa de derechos resultó crucial la reforma de la Constitución Nacional en 1994 y la jurisprudencia que ella generó respecto del reconocimiento de los derechos colectivos. Con ellos, la sociedad civil puede discutir en el Poder Judicial la constitucionalidad de las políticas públicas que los órganos mayoritarios proponen. También es a través de ellos que los ciudadanos pueden defenderse de los abusos de las grandes empresas. Son tantos los fallos, tan extensa la actividad de la sociedad civil, y tan consistente la doctrina que podemos afirmar que esta reconfiguración no es solo un hecho público y notorio sino que es un hecho definitorio y fundante de nuestra democracia constitucional.

Sin embargo, las modificaciones del PEN cambian la propuesta del Anteproyecto. No acogen los derechos individuales homogéneos, no regulan la forma que deberían asumir las acciones colectivas, desconocen el mandato del fallo Halabi respecto de las acciones de clase y nos dejan sin regulación legislativa respecto de los requisitos y efectos de las sentencias colectivas. Pero más grave aún podría utilizarse para modificar la gramática de la democracia constitucional al poner los derechos por debajo del bien común. Esta propuesta se halla en el art. 240 en el que el ejercicio de los derechos “debe conformarse a las normas del derecho administrativo”. En la redacción propuesta, el art. 240 nos remite a un derecho administrativo centralista, irrespetuoso de los derechos de los

ciudadanos –a los que llamaba “administrados” –, restrictivo en el acceso, moroso en la respuesta e ineficaz en la reparación. El capítulo sobre derechos propuesto por la Comisión de juristas incorpora a la legislación los resultados de las luchas por los derechos en los que se funda la democracia argentina. Por todo lo expuesto, proponemos y solicitamos a los legisladores que se incorpore al texto del Código el capítulo en cuestión.

### *Responsabilidad civil del Estado (Libro tercero, Título V, Capítulo 1, Sección 9)*

La redacción propuesta por la Comisión de Juristas en el anteproyecto presentado al PEN incorporó la responsabilidad civil del Estado por su actividad lícita e ilícita, como también la del funcionario o empleado público. Las modificaciones del PEN han eliminado los artículos referidos al tema y, en la redacción que proponen, la responsabilidad del Estado se rige por las normas del derecho administrativo. El proyecto que se encuentra bajo tratamiento en esta Comisión Bicameral recoge las recomendaciones del PEN, disponiendo que la responsabilidad del Estado se rija por las normas del derecho administrativo.

Entendemos, sin embargo, que la incorporación de la responsabilidad civil del Estado al Código Civil y Comercial unificado es la solución más adecuada por los siguientes fundamentos:

I. Es el espíritu de este nuevo Código la *protección de los derechos* y la protección de los más vulnerables. El retiro de la regulación de la responsabilidad civil del Estado del proyecto nos retrotrae a momentos históricos anteriores de nuestro país en los cuales se privilegió el interés del Estado por sobre la protección de derechos. Estamos convencidos de que nuestras leyes, la jurisprudencia y los valores sociales predominantes ponen la protección de los derechos por sobre el interés económico o extra-económico del Estado, aun si ese interés se funda en la protección de las mayorías. El ideario de derechos que tanto costó a nuestra sociedad reconocer, se verá menoscabado si el Estado no puede ser hallado responsable por sus actos lícitos o ilícitos dañosos a terceros.

II. El Derecho Administrativo se caracteriza, a diferencia del Derecho Civil, por desarrollarse en una situación de asimetría; siguiendo el *espíritu del Anteproyecto que busca proteger a los sujetos vulnerables, corrigiendo las asimetrías*, el Código Civil y

Comercial de la Nación es el lugar adecuado para *equilibrar esas asimetrías* y asegurar la responsabilidad en que pueda incurrir el Estado por encontrarse en una situación de superioridad con respecto al sujeto. El Derecho Administrativo, tiene como función típica regular las funciones de los órganos del Estado. Su función es "hacia adentro", tiene que ver con la actividad del Estado en su quehacer de administración de lo público, con lo estructural, no con el control de los daños que pueda producir al realizar su actividad cuando afecta a terceros. Todo ello, sin olvidar que el artículo 16 de la Constitución Nacional asegura la igualdad como base frente a las cargas públicas. La incorporación de la responsabilidad civil al Código pretende disminuir esa desigualdad.

III. No contar con normas de responsabilidad del Estado en el Código Civil y Comercial conllevaría la *inexistencia de un sistema uniforme de responsabilidad para todos los niveles del Estado*: cada ámbito podría regular su propia responsabilidad y no habría homogeneidad en la responsabilidad. En este escenario, tanto los tres poderes del Estado, como los niveles nacional, provincial y municipal podrían regirse por normas dispares, poniendo al ciudadano en una situación de desigualdad frente a la ley. Se han escuchado argumentos acerca de que esta eliminación ha sido necesaria para garantizar el federalismo; sin embargo, creemos que la protección de los derechos fundamentales y la igualdad ante la ley no pueden ser secundarios frente a una discusión de competencias. No es justamente aquí, en la regulación de los derechos básicos que surgen de la Constitución y hacen al sistema de defensa de los derechos fundamentales donde debemos ensayar la defensa de un federalismo a ultranza. Por otra parte, la legislación sobre responsabilidad civil bien puede ser delegada por las provincias a través de la sanción del Código en debate. Incorporar esta reglamentación en el Código Civil permite que Nación, provincias y municipios tengan una reglamentación única, un piso común y mínimo de responsabilidad por su actuar lícito e ilícito. La inexistencia de una normativa de este tipo, generaría un vacío en esta materia, ya que dependería de que cada jurisdicción dictara su propia normativa, generando también incertidumbre en cuanto a la reparación del daño.

IV. *La responsabilidad del Estado debe ser de carácter civil*. El procedimiento administrativo consiste en un "serie de actos orientados a la realización del control de legitimidad, de oportunidad, mérito o conveniencia y que sirven, al propio tiempo, de garantía a los administrados". Se puede referir a: fiscalización interna, nacimiento del acto

administrativo o impugnación. Esto es, el *procedimiento administrativo es llevado adelante por la misma Administración, haciendo así que el Estado sea juez y parte*, eliminando el requisito de imparcialidad necesario en toda actuación judicial. Además, en el procedimiento administrativo rige el principio de oficialidad: es el propio Estado, la parte, el que impulsa el avance del procedimiento que en su seno, como juez, se lleva a cabo. Tenemos aquí nuevamente el problema de que quien decide es juez y parte. Si bien en todos los procedimientos administrativos siempre existe la posibilidad de recurrir, en última instancia, a una revisión de lo actuado en el ámbito del Poder Judicial, esto no es comparable a la protección efectiva de los derechos que otorga un proceso sustanciado desde el inicio en sede civil aplicando leyes civiles.

V. Ha habido desde 1933 –año en que la Corte se expidió en el caso Devoto– un fructífero *desarrollo jurisprudencial* que ha permitido avanzar hasta lograr en la actualidad la incorporación en un Anteproyecto de artículos como el 1764, 1765 y 1766. Eliminar estos artículos y dejar el reconocimiento y reglamentación de la responsabilidad en manos del Derecho Administrativo sería un *retroceso en los logros que la Corte Suprema ha alcanzado* en este aspecto y que han redundado en una Administración más responsable y eficiente que protege a los ciudadanos frente a su accionar dañoso.

VI. La responsabilidad civil tiene como finalidad la **reparación** de un daño comprobado. En el derecho administrativo, en cambio, se parte de la necesidad de actuar y para ello se aplica el principio de legitimidad (esto es, todo acto de la administración se presume legítimo, válido y plenamente eficaz). Por ello, no es el ámbito propicio para que la Administración *reconozca su responsabilidad o su ilegitimidad*. Por esta razón, es en el ámbito del derecho civil en donde debe desarrollarse la regulación de responsabilidad del Estado por hechos lícitos o ilícitos.

VII. *La responsabilidad es una cuestión de fondo*. La responsabilidad debe regularse de la manera más general posible y alcanzar a todos los niveles del Estado. La responsabilidad civil del Estado es una cuestión de fondo: lo que debe determinarse judicialmente es si se produjo un daño por responsabilidad atribuible al Estado y, en consecuencia, un deber de indemnizar por el daño determinando su cuantía. Además, no es funcional tener una norma específica para cada tipo de responsabilidad que pueda existir (por daño ambiental, por accidentes de tránsito, por daños producidos con

animales, por daños producidos con vehículos, etc.). Insistimos, a riesgo de ser redundantes, en que *solo los jueces, basándose en los principios de responsabilidad civil, pueden determinar si hubo responsabilidad y ordenar su reparación*. Será el juez quien deba decir si el Estado debe indemnizar y en qué medida debe hacerlo.

VIII. Las *astreintes constituyen un medio de tutela, protección, o defensa de un derecho* reconocido judicialmente. Son un medio, facultad o herramienta que el derecho ha instrumentado para posibilitar y asegurar la eficacia de un derecho reconocido en una sentencia. La justicia las ha utilizado para exigir al Estado el cumplimiento de las sentencias en su contra. La eliminación de esta figura facilitará el incumplimiento de las sentencias judiciales por parte del Estado. Consideramos que es de buena política reincorporar al texto del Código esta figura protectora de derechos.

*Sobre las obligaciones de dar sumas de dinero (Libro tercero, Capítulo 3, Sección 1, Parágrafo 6)*

La normativa actual establece que las obligaciones contraídas en moneda que no sea de curso legal, se considerarán como de *dar sumas de dinero*. La propuesta hecha en el anteproyecto continúa con la misma línea, mientras que el proyecto enviado por el PEN modifica este planteo.

El proyecto que se encuentra bajo tratamiento en esta comisión propone en su redacción que las obligaciones que sean contraídas en moneda que no sea de curso legal, se deban considerar como de dar *cantidades de cosas* y que *el deudor podrá librarse dando el equivalente en moneda de curso legal*.

El cambio en la redacción, producirá diversas consecuencias ante el incumplimiento de las obligaciones.

**I. Incertidumbre en el pago o cobro de obligaciones contraídas en moneda que no sea de curso legal.** Con la redacción del proyecto en tratamiento, en las obligaciones de dar cantidad de *cosas* como sería un pago en moneda extranjera, los efectos de la obligación son distintos a los efectos de las obligaciones de dar sumas de dinero.



En caso de incumplimiento de obligaciones de dar sumas de dinero, se computan intereses de manera de actualizar el valor de la obligación. Otra característica de estas obligaciones es la mora ante el incumplimiento. En cambio, en las obligaciones de dar cantidad de cosas, no opera la mora ni se computan intereses, obligando al acreedor a recurrir a la justicia para el reclamo de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento. Es el acreedor quien tiene la carga de probar ante la justicia el daño, mientras que, de la otra manera, es el deudor quien en todo caso debe probar la existencia de causales de justificación del incumplimiento.

Con este cambio en la consideración de las obligaciones contraídas en moneda que no sea de curso legal y, teniendo en cuenta la economía argentina con un tipo de cambio desdoblado, se torna *incierto* la cantidad de pesos –moneda de curso legal– que se deberá entregar para saldar la obligación adeudada.

Nótese que, además, la equivalencia entre la moneda extranjera y la moneda de curso legal, a su vez, puede dar lugar a nuevas discusiones. Esto sucedería si tal equivalencia se interpreta como la cantidad de moneda de curso legal necesaria para adquirir *efectivamente* la cantidad de cosas –moneda extranjera– pactada, en los casos en que existen, como en la actualidad, restricciones en el mercado de cambios oficial que no permiten su adquisición *efectiva* a la cotización oficial.

II. **Incremento de la litigiosidad.** Creemos que esta redacción tendrá, por otra parte, un efecto indeseado: generará una mayor inseguridad jurídica que incrementará a su vez el nivel de litigiosidad. Preguntas tales como si es posible cancelar en pesos una obligación contractualmente contraída en moneda extranjera, a qué valor se podrá cancelar, cómo se calcula el resarcimiento por incumplimiento, entre otras, deberán resolverse en los tribunales a través de la judicialización de las controversias.

III. **Incertidumbre de las obligaciones en ejecución** una vez entrado en vigencia el nuevo Código. El artículo 7º del anteproyecto establece que el nuevo Código Civil y Comercial comenzará a regir a partir de los 180 días de su publicación en el Boletín Oficial. Si se mantiene el texto sin modificaciones, debería descartarse la aplicación retroactiva de la nueva norma. Sin embargo, habrá que distinguir aquellas obligaciones contractuales que se encuentren en curso de ejecución de las que nazcan al amparo de la nueva legislación.

Esto, que a primera vista no resulta complejo, podrá suscitar controversias en algún tipo de obligaciones de ejecución continuada. Es el mismo artículo 7 el que establece que, en los contratos en curso de ejecución, podrán aplicarse las normas del nuevo código si son más favorables para el consumidor. Esto generará más incertidumbre, por ejemplo, ¿podrán las cuotas pendientes de un crédito hipotecario en moneda extranjera pagarse en pesos?

**IV. Depósitos bancarios.** En el caso de los depósitos bancarios, el proyecto elevado al Congreso dispone en su artículo 1930 que “hay depósito de dinero cuando el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien tiene la obligación de restituirlo en la *moneda de la misma especie*, a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto.” A simple vista, podría decirse que lo dispuesto en los artículos de referencia a las obligaciones de dar sumas de dinero no sería aplicable a los depósitos bancarios, ya que existe una norma específica para ellos. Además es de presumir la voluntad de los bancos de cumplir con sus obligaciones contractuales. Pero si por algún motivo, como una crisis económica, esto no sucediera, la ley abre un resquicio a los bancos para pagar sus deudas en pesos. Coexistirán en el mismo Código dos normas de igual jerarquía que parecen ser contradictorias, aunque una es general y otra específica al caso; un banco podría presentarse ante un juez aduciendo la normativa vigente sobre obligaciones pactadas en moneda extranjera y pretender devolver pesos por depósitos hechos en moneda extranjera. Nuevamente aumentaría la litigiosidad y sobrecarga de los tribunales.

#### *De la forma y prueba del acto jurídico (Título preliminar, Capítulo 5, Sección 3)*

Incluimos este tema porque, a pesar de parecer un simple detalle en relación con el inmenso trabajo de unificación de los Códigos, consideramos que es de gran importancia. Nuestro país no está excluido de los grandes cambios que implican los avances en la tecnología. Actualmente, nos hacemos planteos que hace veinte años no se nos ocurrían. Hoy, la tecnología no es solo parte de la vida privada de las personas y un vehículo central para sus relaciones, sino que también es un componente importante para el ejercicio del gobierno.

Como la intención de este Código es la de “durar 100 años”, es decir perdurar en el tiempo, debemos encontrar una redacción que sea capaz de adaptarse a los cambios tecnológicos en ciernes.

La redacción propuesta en el proyecto dispone en el artículo 288 que: “(...) en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza un método que asegure razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento.” Mientras que el artículo 286 dice que: “La expresión escrita (...) puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representando con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”.

Consideramos que la redacción propuesta es imprecisa, en tanto habla en un caso de medios *técnicos*, y en el otro, de medios *electrónicos*; y en el caso de la firma, agrega un requisito totalmente extraño, como es que la firma garantice la *inalterabilidad* del documento firmado.

**I. Medios electrónicos.** El art. 286, con una mejor técnica legislativa se expresa en referencia a "cualquier tipo de soporte aunque su lectura exija *medios técnicos*". Sería prudente que la redacción del artículo 288 continuase con la utilización del mismo concepto y que la redacción del artículo 288 hiciera referencia a la utilización de medios *técnicos* en lugar de *electrónicos* para la generación, almacenamiento o lectura de los instrumentos.

Nótese que la electrónica coexiste con otras técnicas, como la óptica (que utiliza las ondas de luz y no la electricidad para transmitir datos por fibra óptica por ejemplo), la nanotecnología y con algunas técnicas novedosas y de última generación como la tecnología del ADN (además de las que pueden inventarse en el futuro). Es por ello que creemos que se debería considerar una redacción más amplia que permita la utilización de otros medios tecnológicos para instrumentar actos jurídicos.

**II. Inalterabilidad.** Es cierto que el método de firma digital de doble par de claves o de clave pública (que la Ley de Firma Digital 25.506 incorpora en su artículo 2º) garantiza el control de modificaciones –además de identificar la autoría–, ya que si se modifica el archivo luego de firmado, el software de verificación de firma digital, además de indicar quién es el firmante, indica si el archivo se modificó luego de su firma.

Es importante sin embargo tener presente que *nada garantiza que el archivo sea "inalterable"*, de la misma manera que no es inalterable una escritura pública.

Pero si se quiso decir que el método debe asegurar la posibilidad de "detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma" (ley 25.506), se está eliminando de un plumazo la firma electrónica (segundo tipo de firma definido en la Ley 25506) de la categoría de firma, lo cual sería un grave obstáculo al ya de por sí lento desarrollo de los actos jurídicos en formato digital.

La recomendación en este último punto sería la eliminación lisa y llana del requisito de "inalterabilidad" del instrumento, lo que permitiría que la Ley 25.506 mantenga plena vigencia.

Agradecemos su atención.