



Cuadernos de Cijuso

"El saber nos hace mejores"

REVISTA ELECTRÓNICA de artículos de doctrina de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales

CONTRATOS - PARTE GENERAL

La figura de la tutela preventiva como instrumento para suspender el cumplimiento contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación
Por Mario Luis Vivas

DERECHO SUCESORIO

La protección de herederos con discapacidad mediante la figura del fideicomiso testamentario en el Código Civil y Comercial
Por Leandro Merlo

DERECHO AMBIENTAL

Retomar el rumbo en el saneamiento del río Matanza Riachuelo
Por Luis Cavalli

DERECHOS REALES

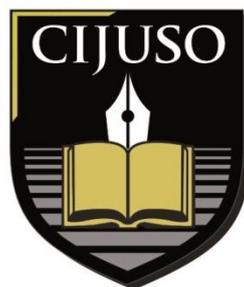
Protección de la Vivienda en el Código Civil y Comercial
Por María Alejandra Pasquet

CONTRATOS - PARTE ESPECIAL

El Nuevo Código y el boleto de compraventa
Por Jorge Oscar Rossi

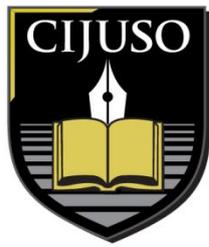
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La recepción de la lex mercatoria en el derecho argentino
Por Eloísa B. Raya de Vera



Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales
www.cijuso.org.ar

LIBROS CIJUSO



**FUNDACIÓN
CIJUSO**
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Instituto de Capacitación del Colegio de Abogados
de la Provincia de Buenos Aires



Desde 1992 capacitando a abogados y estudiantes de Derecho



Certificados avalados por el
COLPROBA y la Fundación CIJUSO

Cursos presenciales

Solicitados por los Colegios de Abogados

Cursos a distancia

A través de nuestra plataforma www.cijuso-online.org.ar

Convenios

Coorganización de jornadas y congresos

Formación para personal de los Colegios de abogados

Formación básica de mediadores

Capacitación continua para mediadores

E-books

Carreras

SECCIONES Y NOVEDADES

Facebook

Fundación-Cijuso

CijusoMED AREA DE PREVENCIÓN, GESTIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

www.cijuso.org.ar/resoluciondeconflictos

CURSOS A DISTANCIA EN AULA VIRTUAL

www.cijuso-online.org.ar

NOVEDADES

www.blogcijuso.org.ar

Twitter

@FundacionCijuso

Libros Cijuso

www.libroscijuso.org.ar

Youtube

Cijusotv

Google+

cijusoonline

Cuadernos de Cijuso

El Saber nos hace mejores

Revista de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires

Dirección editorial: Jorge Oscar Rossi

Diseño de tapa: María Fernanda Garzón Zambrano

www.cijuso.org.ar

www.libroscijuso.org.ar

Año I - Nº 5 – Octubre de 2015

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina

Los CUADERNOS DE CIJUSO tienen como objetivo difundir los trabajos de los docentes, investigadores y alumnos de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, así como de colaboradores de otras instituciones, con el fin de crear un espacio para el intercambio de ideas. El Consejo Editorial se reserva el derecho a rechazar la publicación de material que no está de acuerdo con estos objetivos. Los autores son responsables de los trabajos firmados.

Está permitida la transcripción de estos artículos, a condición que se cite la fuente, la autoría, no se realicen modificaciones al texto y la publicación no persiga fines comerciales.

Fundación CiJuSo

Villanueva 908, CP 1426, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

Teléfono: (54-11) 4899 -1856 / 4899-1657 Fax: 4899-1656

info@cijuso.org.ar

Cuadernos de Cijuso

Autoridades de la Fundación CiJuSo

Presidente: Dr. Gerardo Rafael SALAS (Bahía Blanca)

Secretario: Dr. Guillermo Ernesto SAGUES (San Isidro)

Tesorero: Dr. Eduardo Gabriel SREIDER (Moreno-Gral. Rodríguez)

Prosecretario: Dra. Adriana Cecilia COLIQUEO (Avellaneda-Lanús)

Protesorero: Dr. Damián Alcides PIMPINATTI (Pergamino)

Vocales: Dr. Sergio Gustavo VOLANTE (Azul)

Dr. Mateo LABORDE (Mercedes)

Director Académico

Dr. Adrián Sergio CETRANGOLO

Secretario de Investigación

Dr. Justino Mario BERTOTTO

Director de Capacitación a Distancia y Publicaciones

Dr. Jorge Oscar ROSSI

Índice

Contratos – Parte General

La figura de la tutela preventiva como instrumento para suspender el cumplimiento contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación

Por Mario Luis Vivas

Pág. 8

Derecho Sucesorio

La protección de herederos con discapacidad mediante la figura del fideicomiso testamentario en el Código Civil y Comercial. Su uso para instrumentar la mejora estricta y la tutela testamentaria

Por Leandro Merlo

Pág. 19

Derecho Ambiental

Retomar el rumbo en el saneamiento del río Matanza Riachuelo

Por Luis Cavalli

Pág. 27

Derechos Reales

Protección de la Vivienda en el Código Civil y Comercial

Por María Alejandra Pasquet

Pág. 37

Contratos – Parte Especial

El Nuevo Código y el boleto de compraventa

Por Jorge Oscar Rossi

Pág. 47

Derecho Internacional Privado

La recepción de la *lex mercatoria* en el derecho argentino

Por Eloísa B. Raya de Vera

Pág. 54

Contratos – Parte General

La figura de la tutela preventiva como instrumento para suspender el cumplimiento contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación

Por Mario Luis Vivas ¹

Sumario

1. Introducción. 2. Finalidad. 3. Derecho comparado. 4. La tutela preventiva en los Proyectos de Reforma. 5. Diferencia con la suspensión de cumplimiento del art. 1031. 6. Aplicación de principios generales: buena fe, conservación del contrato y equidad. 7. Naturaleza jurídica de la tutela preventiva del crédito. 8. La necesidad o no de acudir a la vía judicial. 9. Caracteres. 10. Límites al ejercicio del derecho. 11. Diversos supuestos. 12. Aspectos procesales de la tutela preventiva. 13. Conclusiones

1. Introducción

Como bien señala Gunther González Barron en la “Introducción a la responsabilidad contractual en el Código civil peruano de 1984”², resulta difícil incluir en algunas pocas hipótesis todos los instrumentos de protección que la ley reconoce a favor del acreedor y que no sólo aparecen en los Códigos de Derecho privado, sino también en la legislación de protección del consumidor, en la legislación bancaria y de seguros y muchas otras.

En las presentes líneas, se pretende analizar un inédito instrumento mediante el cual, una de las partes, en un contrato en curso de ejecución, queda autorizada a suspender su propio cumplimiento frente a la amenaza inminente de daño, por algún menoscabo de la otra en su aptitud para cumplir o en su solvencia. Tal es la contemplada en el art. 1032, CCCN, ubicada en su Libro III, Título II, Capítulo 9, Sección 3ª.

En la década de los años treinta del siglo pasado, se comenzó a desarrollar la idea de la prevención como el primer principio de la represión penal y civil³. Se le adjudica la idea al jurista húngaro Georges Marton⁴.

La función preventiva de la responsabilidad civil sea cual sea su ámbito ya no se discute en la actualidad, y consiste en remedios de tipo inhibitorio, que frente a situaciones de peligro

¹ Juez de la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, Chubut, Patagonia Argentina.

² González Barron, Gunther . “Introducción a la responsabilidad contractual en el Código civil peruano de 1984”, en “Derecho de Obligaciones – Estudios”, Reinhard Zimmermann, trd. De Antoni Vaquer Aloy, Legales Ediciones, p. 23.

³ Devos Echandia, Hernando, “Teoría general del Proceso”, Ed. Universidad, Bs.As, p. 421.

⁴ Marton, Georges, “ Les fondements de la responsabilité civile. Révision de la doctrine. Essai d’ un système unitaire », p. 344 y ss, n ° 108, en Trigo Represas, Félix A y López Mesa, Marcelo J. “Tratado de la Responsabilidad Civil”, Tª I. Ed. La Ley. Bs.As. 2011, p. 129.

de daño aptos para perdurar, posibiliten la evitación, o en su caso, la cesación de las actividades nocivas⁵

La finalidad esencial de la tutela preventiva es la anticipación, es decir, la remoción de las futuras causas del daño⁶.

Así, la protección legal que se le asigna al acreedor permite aplicar en bloque las reglas del sistema de responsabilidad civil, las cuales no se agotan en la indemnización, pues también le otorgan el derecho de requerir la tutela preventiva o inhibitoria para evitar la interferencia y, en su caso, el derecho de requerir que se la suprima, produciendo así el “restablecimiento de la situación conforme a derecho o, en otros términos, el desmantelamiento de la obra ilícita”.

Se trata de un mecanismo de prevención del daño que “puede aplicarse tanto a las partes en un juicio como a un tercero, consistiendo en una orden de hacer o de abstenerse⁷, mediante “el amparo, la denuncia de daño temido y las diferentes medidas cautelares disponibles”⁸.

Ligada al papel normativo, la primera función de la responsabilidad subjetiva (derive del ámbito contractual o extracontractual) es la de prevenir los daños más que de repararlos. En primer lugar, por el hecho de que cada uno, al conocer el riesgo de ser condenado si causa un daño, se esfuerza normalmente por actuar con prudencia. Luego, porque cualquiera que tema sufrir un daño puede obtener inmediatamente la supresión de su hecho constitutivo (ilicitud), antes incluso de su realización (a fin de impedirlo). Un juez puede ordenar las medidas necesarias para prevenir un daño inminente (un acto de competencia desleal que todavía no ha sido nocivo) o para hacer cesar una perturbación manifiestamente ilícita. Y si el hecho ilícito ya ha sido perpetrado y el daño sucedido, la responsabilidad vendrá a salvaguardar el porvenir y el futuro, al suprimir la situación cuyo mantenimiento conduciría a la perpetuación del perjuicio. La emergencia del principio de precaución refuerza esta función preventiva⁹.

Hay una visión más amplia que va más allá del deber tradicional de prevención: mientras que este último reposaba sobre una argumentación racional fundada sobre un riesgo conocido y que podía ser evaluado, aquella reposa sobre los riesgos hipotéticos que amenazan el futuro de la humanidad. De todas maneras, no se trata sin duda sino del redescubrimiento bajo un nuevo nombre de la virtud moral y jurídica de la prudencia, pero entendida ampliamente, inclusive hacia las generaciones futuras¹⁰.

2. Finalidad

⁵ Highton, Elena I, “Reparación y prevención del daño al medio ambiente ¿Conviene dañar? ¿hay derecho de dañar?”, en “Derecho de Daños. Homenaje al Prof. Dr. Félix Trigo represas, a2a. parte, BsAs, La Rocca , 1993, p. 833 y ss.

⁶ Reviriego, José A, “La tutela preventiva y la acción preventiva en el derecho argentino”, publicado en elDial.com – DC16CE, 26.09.11.

⁷ XIII Conferencia Nacional de Abogados, Jujuy, 2000

⁸ Alterini, Atilio A, “ Lesión al Crédito”, “Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI – Derecho Privado”, Ed. Temis y Ed. Javeriana, Tª IV-1 , p. 397 ; (XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1995

⁹ cfr. Le Tourneau, Philippe, “La responsabilidad civil”, Ed. Legis, Bogotá, 1a ed. en español, 2004, p. 32/33.

¹⁰ Le Tourneau, Philippe, “La responsabilidad civil”, op. cit, p. 33.

En general y como quedara dicho, la finalidad esencial de la tutela preventiva es la anticipación, a los fines de la remoción de las futuras causas del daño.

De esta manera, se brinda protección legal al acreedor permitiendo aplicar en bloque las reglas del sistema de responsabilidad civil, las cuales no se agotan en la indemnización, pues también, le permiten requerir el desmantelamiento de la obra ilícita. Este precepto responde al principio de que no todo incumplimiento contractual tiene como remedio la resolución.

3. Derecho comparado

Con algunas variantes, podemos afirmar que esta figura guarda antecedentes en la norma del art. 1461, Cód. Civil italiano, que señala que cualquiera de las partes contratantes puede suspender la ejecución de la prestación por él debida, si las condiciones patrimoniales del otro han devenido tales como para poner en peligro evidente la realización de la contraprestación, salvo que prestara garantía idónea¹¹. También lo trata el art. 321, 1ª parte, del BGB alemán¹².

En Colombia se argumenta con fundamento en el artículo 1553 del Código Civil para sostener —como mecanismo de evitación de la lesión al crédito— que “cualquier peligro serio de incumplimiento torna exigible la obligación contractual”, señalando que “El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es: 1º) al deudor constituido en quiebra o que se halla en notoria insolvencia. 2º) Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones”.

Los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT prevén la suspensión del cumplimiento, en estos términos: “Art. 7.1.3. 1) Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación. 2) Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido”.

Conforme a la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías —ratificada por Argentina y Colombia—: “1) Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de: a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato”.

4. La tutela preventiva en los Proyectos de Reforma

En el mismo sentido, el Proyecto argentino de Código Civil de 1998 disponía: “Art. 992. Una parte puede suspender su propio cumplimiento, debiendo comunicarlo de inmediato a la

¹¹ *Articolo 1461: “Mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti. Ciascun contraente può sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia”.*

¹² Artículo 321, 1ª parte, BGB: Quien por un contrato bilateral está obligado a prestar anticipadamente, puede denegar la prestación que le incumbe si con posterioridad a la celebración del contrato es manifiesto que su pretensión a la contraprestación está perjudicada por la falta de capacidad de prestar de la otra parte. El derecho a denegar la prestación decae si se ejecuta la contraprestación o se presta garantía por ella.

otra parte: a) si la otra parte tiene imposibilidad temporaria de cumplir, aunque sea por causas ajenas a ella y a su responsabilidad; b) Si es previsible que la otra parte no cumpla, por haber sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando esta cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado. En su caso, se aplica el artículo 1058 [derecho de resolver en caso de no darse las seguridades]. c) Si tiene un impedimento temporario para su propio cumplimiento, sobrevenido por causas ajenas a ella y a su responsabilidad. La suspensión procede por el tiempo razonable de acuerdo con los usos, y queda sin efecto cuando el impedimento resulta superado”.

5. Diferencia con la suspensión de cumplimiento del art. 1031

El art. 1031, CCCN reconoce, también con algunas variantes, la posibilidad, en los contratos bilaterales, que una de las partes pueda suspender su propio cumplimiento hasta que la otra no cumpla u ofrezca cumplir la propia.

Como se advierte, si bien relacionadas una con la otra, la suspensión del cumplimiento que deriva de la vieja *exceptio non adimpleti contractus* es un remedio reservado para los casos de incumplimiento consumado, en tanto en la tutela, el daño aun no se consumó; sólo existe una grave amenaza de que se produzca.

Además, la norma del art. 1032 coloca a la suspensión del cumplimiento al servicio de la prevención de los daños, que constituye uno de los horizontes centrales del nuevo Código¹³.

Cada una de esos institutos (suspensión de cumplimiento y tutela preventiva) comparten los mismos principios generales.

6. Aplicación de principios generales: buena fe, conservación del contrato y equidad.

Consideramos que a esta nueva figura en análisis no escapan, lógicamente, los principios generales que gobiernan el contrato. En particular, la buena fe, la equidad y la conservación del contrato.

6.1. Aplicación del principio de buena fe

El art. 961, CCCN establece una regla general, de similares características a la que aportaba el viejo art. 1198, 1ª parte del Cód. Civil de Vélez. Se trata de una directiva dirigida a las partes y a los jueces. De allí que tanto unas como el otro deberán observarla fielmente también al momento de llevar a la práctica la manda del art. 1032, CCCN, so riesgo de convertirse en una pícara excusa para sortear su propio cumplimiento.

Ya comentaba Spota, a propósito del viejo art. 1201 velezano, que el principio de la buena fe en el derecho argentino, a diferencia del derecho romano, rige para todos los contratos, afirmando con los canonistas, que exigir el cumplimiento de una prestación, no habiendo cumplido con la propia ni ofrecido cumplirla, importa violar la fe, la lealtad que las partes se deben: *man servanti fidem non est fides servando*. No es necesario, pues, recurrir a la artificiosa e inútil doctrina de la causa, sosteniendo —como se ha pretendido— que la inejecución de una de las obligaciones torna sin causa a la obligación recíproca. Si ello fuera cierto la *exceptio non adimpleti contractus*, como la misma condición resolutoria implícita —en las legislaciones que admiten esta última—, se basarían en un hecho inexacto: la ausencia de causa de la obligación de quien opone tal *exceptio* o de quien decide pedir la resolución del

¹³ Código Civil y Comercial Comentado”, Lorenzetti, Ricardo L (Director), Tª VI, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 52.

contrato, desde que esa parte puede, en vez de proceder así, exigir el cumplimiento del contrato, prueba que la pretendida "causa" de la obligación aun subsistiría¹⁴.

6.2. Aplicación del principio de conservación del contrato

Otros autores, viéndolo desde otro prisma (aclaramos que para nosotros son principios que coexisten) consideran que, si bien el incumplimiento de obligaciones puede dar lugar a la resolución del contrato, ésta ha de revestir cierta gravedad o importancia, pues la regla o principio fundamental es el principio de conservación de los contratos, que en alguna ocasión, la jurisprudencia española llamó de "fidelidad del contrato". Por consiguiente, no todo incumplimiento contractual lleva aparejada la resolución del vínculo contractual¹⁵.

Por cierto, la creación de la institución de la tutela preventiva, propende a mantener vivo al contrato, dejando su resolución para supuestos de incumplimiento, en los que además no existe interés de la contraparte en recibir prestaciones parciales (art. 1083) , o cuando es esencial (art. 1084), o cuando haya pactos expresos en tal sentido (art. 1086) o se frustre su finalidad (art.- 1090) o bien se dé el caso de imprevisión (art. 1091).

6.3. Aplicación del principio de la equidad

Un sector de la Academia ha ponderado como fundamento jurídico el instituto a la equidad.

En ese sentido, se ha afirmado que la excepción, emparentada con la resolución de los contratos por incumplimiento, se funda en la interdependencia de las obligaciones que generan los contratos bilaterales, determinada por la intención real, aunque sea tácita, de que dichas obligaciones sean cumplidas simultáneamente (dando y dando), desde cuando se hagan exigibles. Es manifiestamente contrario a la equidad y a la buena fe que debe presidir la ejecución de todo acto jurídico, el que en tales contratos una de las partes use, o mejor, abuse de las acciones que la ley le otorga, para pretender que la otra cumpla, sin que ella, a su vez, haya cumplido ni manifieste su disposición de cumplir las obligaciones a su cargo¹⁶.

Para Giorgi, por ejemplo, razones de equidad natural, que no requieren demostración, señalan que quien pretenda el cumplimiento de otro debe primero haber cumplido. La equidad indica que no se puede pretender el cumplir de otro mientras no se haya cumplido. Es injusto pedir el cumplimiento de otro si no se ha cumplido¹⁷.

En la misma línea de ideas hemos de concluir respecto de la tutela preventiva. Nadie puede pretender suspender preventivamente su propio cumplimiento, si no existe probada amenaza de daño, sea en la aptitud para cumplir, sea en su solvencia. Volveremos sobre esta cuestión cuando analicemos su íntima vinculación de este modelo con el derecho procesal.

7. Naturaleza jurídica de la tutela preventiva del crédito

Podría relacionarse a la tutela preventiva del art. 1032, CCCN con lo que en general se ha denominado como "justicia personal o autoayuda del Derecho civil".

¹⁴ Spota, Alberto G, "La "exceptio non adimpleti contractus", op. cit.

¹⁵ Díez- Picazo, Luis, "Los incumplimientos resolutorios", Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2005, p. 39.

¹⁶ Ospina Fernández, Guillermo – Ospina Acosta, Eduardo, "Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico", Ed. Temis, Bogotá, 2009, p. 578.

¹⁷ Giorgi, " Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno", Tº IV, p. 204; Ordoqui Castilla, Gustavo, "La cláusula penal y otros medios compulsivos", op. cit., p. 199.

La “justicia personal o autoayuda” es considerada un instituto autónomo de causa de justificación que no se encuentra contemplada en el CCCN. Su figura más cercana es la legítima defensa (art. 1718, inc. b). No es sino la expresión jurídicamente controlada del “hacerse justicia por mano propia”.

En estos casos, el acto así realizado aparece legitimado y es lícito, aunque produzca un daño a tercero o desconozca un derecho expresamente establecido, atento que su fundamento radica también en la imposibilidad en que se encuentra el interesado para requerir y esperar la intervención del Estado en la protección de sus derechos.

El ordenamiento jurídico alemán, por ejemplo, regula en ese sentido dos preceptos diferentes: el art. 227, BGB, la legítima defensa y el art. 229, BGB, la acción directa o autoauxilio-, esta última como institución autónoma.

En ese ordenamiento, se parte de una situación de hecho reconocida en el ordenamiento jurídico, sin acudir a la vía judicial.

Se encuentra en el ámbito de los derechos atribuidos por el Derecho civil y está permitida para el caso de que, de no producirse una intervención inmediata, a) exista el peligro de que se frustre o dificulte de modo esencial el ejercicio del derecho y b) no pueda obtenerse a tiempo el auxilio de la autoridad.

De todos modos, consideramos que se trata de una situación de excepción, puesto que como regla nadie está autorizado a hacerse justicia por mano propia, debiendo acudir a la Justicia; pero en algunos casos que la ley acuerda, es legítimo que se actúe en defensa de derechos propios.

No obstante ello, consideramos que la figura se aproxima sin dudas al art. 1718, inc. a), CCCN, que contempla el ejercicio regular de un derecho, como causa de justificación.

En este sentido, es necesario señalar que su eficacia debe remitirse a la aplicación de los criterios generales del ilícito civil, considerando que todo ejercicio de los derechos no razonable es apto para hacer surgir el mecanismo de la responsabilidad civil.

Es admisible considerar en ciertos casos al ejercicio de los derechos con un efecto justificativo, si bien este efecto no puede ser, en ningún caso ilimitado, ya que no se justifica un uso indiscriminado e irracional del ámbito de poder, de las posibilidades de actuación que su titularidad concede.

En definitiva, todo efecto justificante tiene límites. Al lado de los límites extrínsecos al ejercicio de los derechos, constituidos tanto por los que provienen de específicas previsiones legales, como aquellos que provienen de la incompatibilidad en el ejercicio de los mismos – supuestos de colisión de derechos y situaciones de cotitularidad –, suelen señalarse otros que provienen de la conformidad del propio derecho con el ejercicio de los mismos. Los derechos no pueden ser ejercitados sin más, sino que han de serlo en función de un fin legítimo, no pudiendo ser puestos al servicio de la malicia, de la mala fe, de la voluntad de perjudicar al prójimo; ni pueden servir para la consecución de fines injustos o contrarios al ordenamiento jurídico, no amparando éste un ejercicio de los mismos que vaya más allá de la satisfacción del interés del titular del mismo.

Sea como sea, más al lado de una o de otra, consideramos que se trata de una causa de justificación que, como tal, borra todo efecto antijurídico al acto, en la medida que cumpla con los recaudos que la norma del art. 1718, inc a) o b) prevé.

8. La necesidad o no de acudir a la vía judicial

La figura despierta interés desde el punto de vista práctico. La norma nada señala acerca de la necesidad de acudir a la vía judicial.

Desde un punto de vista, en principio, para tutelar los derechos de crédito u otras pretensiones jurídico-civiles, es necesario acudir a la vía judicial.

En ese sentido, se argumenta lo siguiente:

- En el derecho español, por ejemplo, es delito la realización arbitraria del propio derecho, entendiéndose por tal el hecho de que en determinadas circunstancias – concurriendo violencia, intimidación o fuerza en las cosas – el acreedor se apodere de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella (art. 455 del Código Penal español).

- La respuesta está en la esencia de la legítima defensa: es requisito imprescindible de la misma, la agresión de un bien que ya se tiene, que se posee actualmente. No puede ser defendido un derecho que aun hay que hacer valer, que no se tiene sino potencialmente. Se puede defender lo que se es y se tiene, pero no los derechos que hay que conseguir y procurarse ni las meras pretensiones.

- El incumplimiento de las obligaciones y de los contratos es una mera omisión o pasividad y ésta no constituye nunca una agresión, de forma que, faltando el requisito de la agresión, no podría hablarse en ningún caso de legítima defensa.

Desde otra óptica, se considera que no es necesario acudir a la vía judicial, y se argumenta que en la medida que amenace un ataque, es decir, una vulneración positiva del crédito, será procedente la legítima defensa de los derechos del crédito.

- Dado su parentesco con la excepción de incumplimiento, como adelantáramos, puede hacerse un paralelo con esta institución. En esa línea de ideas, para los Mazeaud la excepción de incumplimiento resulta de la voluntad de los contratantes: es parte inherente del contrato. Por lo tanto, un contratante puede invocarla sin estar obligado a demandarla ante Tribunales. El vendedor al contado tiene derecho a negar la entrega de la cosa cuando el comprador la reclama sin ofrecerle el precio. Sin duda, la excepción suele invocarse ante el juez por el demandado, perseguido por el otro contratante, que pretende haber cumplido, al menos parcialmente: los tribunales verificarán entonces la falta y su gravedad; pero cuando estimen la falta de tal índole que el acreedor, si la hubiera previsto, no habría contratado, deberán hacerle lugar a la excepción y no dispondrán de ningún poder facultativo; el tribunal no pronuncia la dispensa de cumplimiento¹⁸.

En síntesis, podemos señalar en opinión que compartimos que, al igual que la *exceptio* (cuyo parentesco es innegable) puede ser esgrimida extrajudicialmente, aunque lo normal es que este tipo de disputas, antes o después, terminen dirimiéndose en los tribunales¹⁹.

9. Caracteres

a) Se aplica en los contratos bilaterales.

¹⁸ Mazeaud, Henri, León y Jean, “Lecciones de Derecho Civil”, Tº III, Ejea, 1960, p. 377

¹⁹ López Mesa, Marcelo J, “Sistema de Jurisprudencia Civil”, Tº II, Ed. Abeledo Perrot, p. 2792.

b) Cumple una función cautelar. Se distingue de la excepción de incumplimiento por su función cautelar: reacciona, no contra una lesión del sinalagma ya consumada, sino contra el peligro de una lesión futura.

c) Para que se active el remedio, debe haberse verificado un menoscabo significativo en la aptitud para cumplir, o en la solvencia de la contraparte. Es decir, la situación del co-contratante debe ser bastante seria e irreversible como para crear, no un genérico riesgo, sino un “un menoscabo significativo en la aptitud de cumplir”. La insolvencia en sentido técnico no es un presupuesto necesario. Alcanza con que exista un menoscabo significativo en su solvencia. La prestación puesta en peligro no necesariamente debe ser entendida en el acostumbrado sentido restrictivo de condiciones financieras, sino en el más amplio sentido apto a comprender todas las condiciones (funcionales, organizativas, etc.) del deudor capaz de incidir sobre la prestación debida: piénsese en la crisis organizativa del contratista, que pone en peligro “evidente” la realización de la obra contratada²⁰.

d) Es necesario que esa alteración en el patrimonio de la contraparte sea sobreviviente a la celebración del contrato. Ello se entiende, desde que si la situación que amenaza la contraprestación fuera anterior al contrato, la parte que la ignoraba toma conocimiento después del contrato, tendría el remedio de la anulación por error²¹.

10. Límites al ejercicio del derecho

Dispone la última parte del art. 1032 del Proyecto que “la suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado”.

Claro está que si la otra parte cumple, la conducta de quien hizo uso de la medida deberá cesar inmediatamente.

El otro supuesto, consiste en que la contraparte otorgara garantías suficientes. La norma no especifica cuáles habrán de ser, de lo que se concluye que pueden ser tanto reales como personales. Allí el juez (tal como adelantamos, la vía judicial será inevitable), será quien deberá decidir si tales garantías satisfacen debidamente el crédito, de tal suerte de que no queden dudas que quien sufrió el menoscabo en la aptitud de cumplir o en su solvencia, cumplirá de todos modos.

Nada obstaría a que un tercero celebrara un contrato de fianza con quien hizo uso de la medida del art. 1032, en los términos del art. 1574, CCCN, o bien se aplicara el art. 1582.

11. Diversos supuestos

La parte que debe la contraprestación con “menoscabo significativo en la aptitud de cumplir, o de su solvencia”, para lograr que la suspensión quede sin efecto, debe cumplir con la obligación a su cargo. A partir de esa premisa, surgen diversos interrogantes.

Se presentan, a nuestro juicio, algunas inconsistencias con otras normas de nuestro ordenamiento civil y comercial de difícil solución. El art. 1032 no exige que, a quien sufrió el menoscabo, se le haya vencido la deuda. Se limita a señalar que la otra parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una amenaza grave de daño.

²⁰ Roppo, Vincenzo, “ El Contrato”, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, p. 906

²¹ Roppo, op. cit, p. 906.

Adviértase que el art. 871, CCCN señala que el pago debe hacerse:

- a) si la obligación es de exigibilidad inmediata, en el momento de su nacimiento;
- b) si hay un plazo determinado, cierto o incierto, el día de su vencimiento;
- c) si el plazo es tácito, en la fecha que conforme a los usos y a la buena fe, debe cumplirse;
- d) si el plazo es indeterminado, en el tiempo que fije el juez, a solicitud de cualquiera de las partes, mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local.

Conforme con la norma precedente, en modo alguno se exige a la contraparte a cumplir antes del vencimiento con la prestación a su cargo. No obstante ello, sí le sería exigible esa conducta a quien ha sufrido un menoscabo en su aptitud de cumplir o en su solvencia.

El art. 353, CCCN, establece por su parte que el obligado a cumplir no puede invocar la procedencia del plazo, en los siguientes casos: a) si se ha declarado su quiebra; b) si disminuye por acto propio las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de su obligación; c) si no ha constituido las garantías prometidas, “entre otros supuestos relevantes”.

Como se advierte, no surge de esta norma la excusa del plazo (caducidad de plazo) en supuestos de grave amenaza de daño por un menoscabo sufrido en la contraparte en su aptitud de cumplir, o en su solvencia. Ella, exige mucho más que eso: que se hubiese declarado la quiebra, o que hubiese una disminución por acto propio de las seguridades dadas, o si hubiere incumplido con las garantías prometidas.

No obstante, allende la amenaza de daño, se lo estaría obligando a que cumpla con la prestación a su cargo antes del vencimiento de la deuda.

Para ello, sería necesario que una norma tornara exigible²² el cumplimiento de la obligación, antes de dicho vencimiento, pues de lo contrario, si la obligación aun no se hizo exigible, su interpretación nos llevaría a la contravención de una norma constitucional: nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda (art. 19, CN).

Si bien autores como Lorenzetti la vinculan con la “excepción de caducidad de plazo” (art. 956), que posibilita al demandado por cumplimiento a resistirse a cumplir la propia prestación por hallarse el reclamante en estado de insolvencia, aunque éste se encuentre beneficiado por un plazo para el cumplimiento de la obligación²³, cabe destacar que el art. 1032 no exige el estado de insolvencia, sino sólo un menoscabo en la aptitud de cumplir o en su solvencia. No es lo mismo afirmar que alguien es insolvente a que alguien sufrió un menoscabo en su solvencia.

12. Aspectos procesales de la tutela preventiva

Quedaría señalar por último que, en general, la acción preventiva, sin distinguir el tipo de trámite que las regula, según la norma procesal, se desarrolla en un proceso autónomo y se resuelve en definitiva. No tiene un carácter instrumental de otro proceso principal. Confirma esta afirmación, la posibilidad de petitionar una medida cautelar como accesoria a una acción preventiva, incluso en forma previa a la promoción de esta última.

²² Como señala el art. 1553 del Cód. Civil colombiano, que exige que “cualquier peligro serio de incumplimiento torna exigible la obligación contractual”.

²³ Lorenzetti, Ricardo L, “Tratado de los Contratos. Parte General, p. 672 y ss, en “Código Civil y Comercial Comentado”, Lorenzetti, Ricardo L (Director), Tª VI, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 51.

El supuesto de hecho activante no es la lesión como ocurre en la responsabilidad contractual, sino la mera amenaza de una lesión, la afectación de una expectativa de cumplimiento o “una amenaza de daño” como dice el propio art. 1032. Para evitar un mal mayor es que se permite desligarse *ante tempus*. La solución tradicional era esperar que se configure el incumplimiento de una obligación nuclear del contrato (no entrega de las mercaderías o falta de pago del precio), para autorizar al acreedor a constituir en mora y declarar la resolución; luego de ello tiene que hacer un juicio reclamando el pago de daños y perjuicios y la restitución de lo dado. La solución del Código es claramente preventiva²⁴.

A diferencia de las medidas cautelares, que se caracterizan por su provisoriedad y el carácter subsidiario de un proceso principal, parecería surgir del texto del artículo en comentario que se trata de una medida a promoverse como acción principal. Esta tutela constituye el objeto principal de un juicio. No se resume en un juicio de verosimilitud, sino más bien de certeza de que la conducta o la omisión pueden provocar un daño futuro, y su sentencia no tendrá carácter provisorio.

Se emparenta, desde lo procesal, con la “tutela anticipatoria”, que implica una técnica diferente a la que provee la tutela cautelar²⁵.

De allí que sus requisitos deberían ser: a) la urgencia, permitiendo que la justicia llegue a tiempo ante la amenaza de un daño; b) una fuerte probabilidad o certeza suficiente y no una simple verosimilitud (aquí también se diferencia de la medida cautelar); c) una amenaza grave de daño, que a nuestro juicio debería ser irreparable, es decir, cuando los efectos del daño sobre el derecho se tornan irreversibles²⁶; d) que la contraparte sea oída, asegurando el derecho constitucional de defensa en juicio; e) que exista pedido de parte, tal como lo indica el art. 1032; e) la necesidad de una fuerte pre constitución de prueba.

De todos modos, aun cuando el texto del art. 1032 nada dice, teniendo en cuenta la excepcionalidad de la medida, nada obstaría a que, de promoverse en el marco procesal mencionado, debiera exigirse contracautela suficiente

13. Conclusiones

Conforme con lo dicho antes, podemos concluir:

1. Que se trata de una medida absolutamente innovadora en el marco del ordenamiento jurídico civil y comercial;
2. Se encuentra receptada, con algunos matices diferentes, en países de nuestro entorno cultural;
3. Se trata de una causa de justificación del propio incumplimiento, que como tal le borra toda ilicitud;

²⁴ Código Civil y Comercial Comentado”, Lorenzetti, Ricardo L (Director), Tª VI, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 51.

²⁵ Corriente que en Argentina liderada por Morello, Peyrano, Berizonce, Kaminker. Morello ha dicho que “Las mallas nucleares de la teoría cautelar impiden soltar al tema y caminar por su verdadero carril, que es el de la tutela urgente y anticipatoria” (Morello, Augusto Mario; “La tutela anticipada en la Corte Suprema”, ED entrega del 5/2/1998), en “Tutela anticipada. Perfiles actuales”.Vargas, Abraham Luis Publicado en: LL, Sup. Procesal 2005 (octubre), 174.

²⁶ Arieta, Giovanni; “I provvedimenti d'urgenza”, Padua, CEDAM, Casa Editrice Ddott. Antonio Milani, 1982, p. 130.

4. El “menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia”, son conceptos demasiado genéricos que obligan al juez a tomar todos los recaudos necesarios para tener la certeza suficiente que esos presupuestos deriven en una grave amenaza de daño.

5. Está emparentada con la suspensión de cumplimiento del art. 1031; sólo que, mientras ésta es un remedio reservado para los casos de incumplimiento consumado, en la tutela preventiva, el daño aun no se consumó; sólo existe una grave amenaza de que se produzca;

6. Si bien la norma no especifica que sea necesario el auxilio de la justicia, y por ende, podría ser esgrimida extrajudicialmente, lo normal – y necesario desde los fines prácticos - es que este tipo de disputas deban dirimirse en los tribunales;

7. Es de dudosa constitucionalidad, desde que confronta con el art. 19, CN. Además, confronta con los arts. 353 y 871, CCCN;

8. Es viable desde el instrumento procesal de la “tutela anticipada”.

~

Derecho Sucesorio

La protección de herederos con discapacidad mediante la figura del fideicomiso testamentario en el Código Civil y Comercial. Su uso para instrumentar la mejora estricta y la tutela testamentaria ¹

Por Leandro Merlo

El 1° de agosto entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCo.).

De las numerosas modificaciones que introduce en nuestro sistema vigente, en el presente trabajo nos enfocaremos en la protección de herederos incapaces o con discapacidad a través de dos figuras que pueden ser utilizadas por el testador: la mejora estricta y la tutela, instrumentadas a su vez mediante un fideicomiso testamentario.

Es una constante preocupación para los padres de personas discapacitadas o disminuidas en sus facultades quién cuidará de estas cuando ocurra el fallecimiento de las primeras en circunstancias en las que no existan otros familiares que queden a su cuidado o que, existiendo, no pudieran hacerse cargo de su atención.

En referencia a esta cuestión, el CCyCo. amplía las posibilidades de la ley por ahora vigente, ya que establece una reducción de las cuotas de legítimas hereditarias, contempla específicamente la protección para los herederos discapacitados al legislar la mejora estricta a su favor y permite el uso del fideicomiso para implementar la tutela testamentaria.

Analizaremos estas cuestiones a continuación.

I - REDUCCIÓN DE LEGÍTIMAS

El CCyCo. mantiene como herederos forzosos o legitimarios a los descendientes, los ascendientes y el cónyuge, quienes *“tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito”* (art. 2444).

Las porciones legítimas sufren una reducción, ya que estas se establecen para los descendientes en dos tercios (2/3), para los ascendientes en un medio (1/2) y para el cónyuge en un medio (1/2) (art. 2445).

De tal modo, con relación al régimen vigente hasta diciembre de 2015, los descendientes ven reducida su legítima de cuatro quintos (4/5) a dos tercios (2/3) y los ascendientes de dos tercios (2/3) a un medio (1/2). El cónyuge supérstite conserva igual porción que en el régimen actual, esto es, un medio (1/2).

¹ La versión original de este artículo, con ligeras modificaciones, fue publicada en Erreius on line, en el mes de Diciembre de 2014.

Si concurrieran solo descendientes o solo ascendientes, la porción disponible se calcula según las respectivas legítimas. En cambio, si concurriera el cónyuge con descendientes, la porción disponible se calcula según la legítima mayor (art. 2446).

Se mantiene la protección de la porción legítima ante cualquier gravamen o condición impuesta por el testador, ya que si así lo hiciera, ella se tendrá por no escrita (art. 2447). Salvo, claro, el especial supuesto de la mejora estricta que pasamos a analizar.

II - LA MEJORA A FAVOR DEL HEREDERO CON DISCAPACIDAD

El CCyCo. establece que *“El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio (1/3) de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”* (art. 2448).

La nueva norma permite al causante que mejore a su heredero ascendiente o descendiente con discapacidad por cualquier medio.²

En esta oportunidad nos centraremos en el fideicomiso testamentario, opción que específicamente contempla la norma citada.

El término “discapacidad” empleado y descrito por la norma tiene una interpretación más amplia que si estuviera limitado a los “incapaces” en general, lo que implica, por un lado, que la función tuitiva de la norma alcanza muchas más situaciones de hecho, en un gran avance hacia la protección de las personas más vulnerables, aunque la vaguedad de la norma podría dar lugar a discusiones sobre su interpretación y alcance.

Si hubiera que estimar en cuánto podría beneficiarse al heredero (tanto descendiente como ascendiente) del causante, la hijuela que en la partición de la herencia le corresponderá podrá estar conformada, en su mayor extensión, por:

- a) la porción disponible de la herencia a título de mejora;
- b) adicionársele la cuota de mejora estricta con fundamento en su discapacidad, retraída ella de la porción legítima global que corresponda al concurrir con otros herederos;
- c) sumarle además su cuota de legítima individual, cuya medida estará dada de acuerdo con el modo de concurrencia con otros coherederos forzosos.

A título de ejemplo, si el causante tuviera un hijo que sufriera de alguna discapacidad, podrá este recibir por testamento, aun en concurrencia con otros herederos forzosos:

* Toda la porción disponible (1/3) a título de mejora: 33,33% de la herencia.

² Para un análisis más profundo del tema, consultar Merlo, Leandro M.: “La mejora estricta para los herederos con discapacidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial” - DFyP - julio/2012 - pág. 253, AR/DOC/3054/2012; Millán, Fernando: “El principio de solidaridad familiar como mejora a favor del heredero con discapacidad” - DFyP - julio/2012 - pág. 245, AR/DOC/2895/2012

* La mejora estricta (1/3) calculada sobre la legítima global (2/3): 22,22% de la herencia.

Hasta aquí, podría asegurarse para el hijo con discapacidad un 55,55% de la herencia.

* La legítima global restante (44,44%) se dividirá entre el hijo con discapacidad y su/s hermano/s y el cónyuge supérstite, variando el porcentaje final que se le adjudique en función de cuántos forzosos concurren a recibir la legítima restante. Como hipótesis máxima, podrá recibir hasta un 77,77% de la herencia, si concurriera solamente con un hermano.

III - LA TUTELA TESTAMENTARIA

En los casos en que el heredero del causante fuera menor de edad, este puede prever además su protección mediante la figura de la tutela testamentaria, para que un guardador lo cuide, asista y proteja ante el fallecimiento de su/s progenitor/es.

El CCyCo. establece que la tutela *“está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental...”* (art. 104).

Y ello ocurrirá si *“faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio”*, en cuyo caso su representante legal será el tutor que se les designe (art. 101).

Cabe mencionar que el CCyCo. modificó sustancialmente toda la terminología del Código Civil, llamándose ahora *“responsabilidad parental”* a la conocida *“patria potestad”*.

El nuevo ordenamiento legal establece que el tutor designado por los padres puede ser nombrado mediante testamento, sujeto a aprobación judicial (art. 106).

Esta tutela testamentaria igualmente debe ser discernida en sede judicial, ante el juez del lugar donde el niño, niña o adolescente tiene su centro de vida, quien deberá oírlo, se tendrán en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez, y se decidirá atendiendo primordialmente a su interés superior (arts. 112 y 113).

Con relación a la figura que propiciamos, el nuevo Código dispone que el juez puede autorizar que los bienes sean transmitidos en fideicomiso a una entidad autorizada para ofrecerse públicamente como fiduciario, siempre que el tutelado sea el beneficiario (art. 125).

Interpretamos que si el heredero es menor de edad y, por lo tanto, debe quedar sujeto a tutela a la muerte de su o sus progenitores, pero no padece de una discapacidad en los términos del artículo 2448, es decir, carece de *“una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”*, no podrá acudir a la figura de la mejora estricta antes analizada, sino solamente a constituir un fideicomiso testamentario a fin de que los bienes que reciba de la herencia queden afectados a él y sean administrados por el fiduciario en favor del menor beneficiario.

Podría ocurrir que el heredero menor de edad a su vez padeciera de alguna discapacidad, en cuyo caso el fideicomiso testamentario debería contemplar los bienes equivalentes a la mejora estricta y la parte que además le corresponda a dicho heredero, sea a título de su cuota de legítima individual o de mejora imputable a la porción disponible.

En este último caso, el fideicomiso testamentario sería el instrumento común a todos aquellos institutos y transmisiones: mejora estricta, mejora sobre la disponible, cuota de legítima individual y tutela testamentaria.

IV - LA FIGURA DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO COMO INSTRUMENTO DE AMBOS INSTITUTOS

a) Formalidades a cumplir

Puede apreciarse que el nuevo Código contempla expresamente la posibilidad de recurrir a fideicomisos testamentarios a fin de proteger a herederos con discapacidad, tanto a través de la mejora estricta como de la tutela testamentaria.

Conviene entonces precisar brevemente las características, el alcance y los beneficios de esta valiosa figura.

El fideicomiso es un contrato complejo, mediante el cual una persona (fiduciante), con distintas finalidades, transmite a otra persona (fiduciario), recurriendo a su vez a otros negocios jurídicos, el dominio revocable y temporario de uno o más bienes determinados o a determinarse de su patrimonio, para que este último, en los términos del contrato y de acuerdo a sus finalidades, ejerza dicha propiedad en beneficio de la o las personas designadas (beneficiario/s), obligándose una vez cumplida la condición o el plazo establecido a restituir los bienes fideicomitados al fiduciante, al beneficiario o a un tercero (fideicomisario).³

El CCyCo. lo define así: *“Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario”* (art. 1666).

Este contrato puede celebrarse entre vivos o a través de la modalidad testamentaria, a fin de planificar la transmisión de la herencia.⁴

En el supuesto que analizamos, la finalidad del causante no es planificar económicamente su herencia en el sentido de un mero reparto de bienes entre sus herederos, sino que tiene en miras asegurar la protección del heredero incapaz, mediante el cumplimiento de la mejora estricta o para asegurar su protección si este a su vez fuera sometido a tutela tras el fallecimiento de aquel.

Como puede apreciarse, el fideicomiso testamentario, que es aquel creado a través de una declaración de última voluntad y que tendrá validez una vez fallecido el causante, se erige como una formidable herramienta para aquel fin.

³ Berbere Delgado, Jorge C. y Merlo, Leandro M.: “El fideicomiso en el derecho de familia y de las sucesiones” - Ed. Ad-Hoc - 2012

⁴ Para un estudio profundo del tema, consultar Merlo, Leandro M. y Berbere Delgado, Jorge C.: “El fideicomiso testamentario como herramienta de planificación sucesoria. Marco legal vigente y proyectado” - DFyP - julio/2013 - 19/7/2013 - pág. 91, AR/DOC/2171/2013

Esta figura tiene como objetivo que un heredero o un tercero designado administre los bienes fideicomitidos en beneficio de determinada persona con la finalidad última de transmitirlos a este beneficiario o a otra persona.

El CCyCo. recoge algunas de las pautas y requisitos que establece la ley 24441, que perderá vigencia en diciembre de 2015.

De tal modo, el testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o legatario fiduciario. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso de la mejora estricta a favor del heredero con discapacidad, supuesto que analizamos previamente (art. 2493).

En el artículo 1699 del CCyCo. se establecen las reglas aplicables al fideicomiso testamentario, que debe contener, al menos, las enunciaciones requeridas por el artículo 1667, y que son:

a) La individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, debe constar la descripción de los requisitos y características que deben reunir los bienes.

b) La determinación del modo en que otros bienes pueden ser incorporados al fideicomiso, en su caso.

c) El plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria.

d) La identificación del beneficiario: que puede ser una persona humana o jurídica (o varias, quienes excepto disposición en contrario, se benefician por igual), que puede o pueden existir o no al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso, deben constar los datos que permitan su individualización futura. Pueden ser beneficiarios el fiduciario o el fideicomisario.

Para el caso de no aceptación o renuncia de uno o más designados, o cuando uno u otros no llegan a existir, se puede establecer el derecho de acrecer de los demás o, en su caso, designar beneficiarios sustitutos.

Si ningún beneficiario acepta, todos renuncian o no llegan a existir, se entiende que el beneficiario es el fideicomisario. Si también el fideicomisario renuncia o no acepta, o si no llega a existir, el beneficiario debe ser el fiduciante.

El derecho del beneficiario, aunque no haya aceptado, puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, excepto disposición en contrario del fiduciante. Si la muerte extingue el derecho del beneficiario designado, se aplican las reglas de los párrafos precedentes.

e) El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso, con indicación del fideicomisario a quien deben transmitirse o la manera de determinarlo conforme con las reglas del artículo 1672.

f) Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo, si cesa.

Respecto al plazo, el fideicomiso en principio no puede durar más de treinta años desde la celebración del contrato, excepto que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, caso en el que puede durar hasta el cese de la incapacidad o de la

restricción a su capacidad, o su muerte. Si se pacta un plazo superior, se reduce al tiempo máximo previsto (los treinta años, el cese de la incapacidad o de la restricción a su capacidad, o su muerte). Cumplidas estas circunstancias, cesa el fideicomiso y los bienes deben transmitirse por el fiduciario a quien se designa en el contrato. A falta de estipulación, deben transmitirse a los herederos del causante (art. 1668).

Debe tenerse en cuenta que nos estamos refiriendo a un fideicomiso testamentario, es decir, consignado como una cláusula del testamento, lo que técnicamente lo convierte en una disposición testamentaria.

Esta aclaración pretende prevenir la celebración de un contrato entre vivos con la finalidad de organizar la herencia del causante, ya que en tal sentido, el artículo 1670 del CCyCo. aclara que no pueden ser objeto del fideicomiso las herencias futuras. Por tal motivo, repetimos, sería nulo un fideicomiso celebrado intervivos pero teniendo en cuenta la herencia del fiduciante.

Con respecto al fideicomiso testamentario, además de los artículos citados, deberán tenerse en cuenta las pautas específicas del contrato de fideicomiso inter vivos en cuanto sean compatibles. Ellas son:

El rol del fideicomisario, que es la persona a quien se transmite la propiedad al concluir el fideicomiso (art. 1672).

El rol del fiduciario, que puede ser cualquier persona humana o jurídica (art. 1673) y definir las pautas de su actuación (art. 1674).

Pautar la rendición de cuentas (arts. 1675 y 1676), el reembolso de gastos y la retribución del fiduciario (art. 1677).

Las causas de cesación del fiduciario (art. 1678) y su reemplazo (art. 1679).

Establecer un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes a fin de garantizar el cumplimiento de la finalidad buscada (art. 1680).

Pautar detalladamente las causales de extinción del fideicomiso (art. 1697) y sus efectos (art. 1698).

Las modalidades de aceptación de las funciones de beneficiario y de fideicomisario (art. 1681) estarán sujetas a la aceptación de la herencia que efectúen mediante sus representantes legales.⁵

b) Efectos del fideicomiso testamentario

Una vez que se produzca la aceptación de la herencia por parte del heredero incapaz, la posterior declaración de validez del testamento y la no objeción de la cláusula de mejora (o si habiendo sido impugnada, se hubiera declarado válida), dicho instituto tendrá total validez y comenzará a proyectar sus efectos.

⁵ Art. 2297, CCyCo.: "Aceptación por una persona incapaz o con capacidad restringida. La aceptación de la herencia por el representante legal de una persona incapaz nunca puede obligar a este al pago de las deudas de la sucesión más allá del valor de los bienes que le sean atribuidos. Igual regla se aplica a la aceptación de la herencia por una persona con capacidad restringida, aunque haya actuado con asistencia, o por su representante legal o convencional"

Lo mismo ocurrirá una vez aprobado el testamento del causante y discernida la tutela testamentaria plasmada en aquel.

Una vez en funcionamiento el contrato de fideicomiso, sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria (art. 1682), que tendrá efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplan los requisitos exigidos de acuerdo con la naturaleza de los bienes respectivos (art. 1683), y si existieran bienes registrables, se deberá cumplir con la inscripción del fideicomiso en los registros correspondientes, que deberán tomar razón de la calidad fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario (art. 1684).

Y aquí radica lo beneficioso del uso de la figura del fideicomiso: *“los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario”* (art. 1685), a fin de garantizar la finalidad del contrato.

De tal modo, los bienes fideicomitidos quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco pueden agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo las acciones por fraude y de ineficacia concursal (art. 1686).

Además, la nueva normativa impone al fiduciario la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso (art. 1685).

Como puede apreciarse, los bienes de la herencia, de ser transmitidos mediante un fideicomiso, estarán ajenos a la acción de los acreedores y, además, asegurados contra reclamos de terceros.

V - CONCLUSIONES

La reducción de las legítimas hereditarias y la ampliación de derechos a favor de personas con alguna discapacidad, contempladas en el nuevo Código que comenzará a regir el 1/1/2016, son sin duda aspectos positivos en la reforma al derecho sucesorio.

La posibilidad, además, de transmitir mediante un fideicomiso testamentario los bienes que reciba en la herencia el heredero menor de edad cuya tutela ha sido también organizada en un acto de última voluntad es otro avance más hacia la protección de los más vulnerables.

Las personas que hoy tienen a su cargo hijos menores de edad o hijos o padres discapacitados tienen un escaso margen legal para protegerlos en caso de fallecimiento.

La reforma ha venido a ampliar las posibilidades que tiene el testador a la hora de planificar su herencia y organizar, prever y asegurarse de que quienes de él dependen podrán seguir gozando de protección ante su ausencia.

El fideicomiso en general y el testamentario en particular tienen hoy poco uso entre particulares, quedando reservado el primero casi en exclusividad a operaciones inmobiliarias, de construcción, financieras o de garantía.

Creemos que esta situación irá cambiando paulatinamente en la medida que la figura resulte más familiar o habitual entre particulares, y sin dudas la gran posibilidad que da la

nueva normativa para la protección de las personas más vulnerables fomentará su mayor utilización.

~

Derecho Ambiental

Retomar el rumbo en el saneamiento del río Matanza Riachuelo

Por Luis Cavalli¹

Introducción

La materia ambiental vinculada con lo hídrico tiene la inextricable complejidad de lo original y nuevo, que se solapa con antiguas y consolidadas concepciones jurídicas que es laborioso diferenciar. El analista de un hecho forense, en derecho penal, dispone de un vocabulario especial pulido por el uso y por el tiempo, y de la facilidad de exhibir párrafos que se bastan. El derecho ambiental, donde convergen ciencias y disciplinas tecnológicas extra jurídicas, carece de términos convenidos y no puede ilustrar lo que afirma con conceptos inmediatamente fehacientes. Aquellos que festejamos con indisimulado entusiasmo el Fallo de la Corte en el caso Beatriz Mendoza, debemos resignarnos a aceptar algunas verificaciones, en este sentido, que resultaron y siguen resultando negativas en el eficaz saneamiento del río Matanza Riachuelo.

La Corte ha eludido en el Fallo de marras, sin visible incomodidad, definir conceptos que escapan a lo jurídico tradicional que necesitaban ser precisados. El Fallo abunda en buenas intenciones cuya concreción se malogra por ordenar objetivos que de tan amplios y ambiciosos resultan imprecisos.

La imprecisión es tolerable o verosímil en círculos cerrados o cenáculos que comparten un mismo universo de ideas y conocimientos. La simplificación conceptual de conocimientos complejos es muchas veces una operación instantánea de aquel que supone que comparte con otros sus saberes y conocimientos específicos. Verificamos en el Fallo Beatriz Mendoza la creencia que una vez fraguada una imagen, esta constituye un bien público. Recorriendo en ajustado análisis sistemático e integral el fallo, vemos que este no define en qué consiste “calidad de vida”. Debemos recurrir, entonces, a la normativa aplicada por la Corte, que es la Ley General del Ambiente. Esta tampoco la define. Debemos acudir, entonces, a forasteras ciencias y al recurso de autoridad: Las Naciones Unidas². Descubrimos allí que el aspecto ambiental es una parte del concepto “calidad de vida” según los indicadores consensuados internacionalmente de medición. Asimismo se desprende del Fallo que convierte la “cuenca hídrica”, definida en su claro sentido hidrográfico por ley la Ley 25.688, en un territorio para ejercer competencias interjurisdiccionales ambientales, ajenas a lo hídrico, que es la centralidad esencial del concepto. Sobre este desvío interpretativo de la Corte el Juez especial delegado profundiza el apartamiento del concepto correcto de cuenca, y en Fallo de fecha 28 de diciembre de 2010 extendió su función de hacer cumplir el fallo del Alto Tribunal a los

¹ Abogado especialista en el Régimen Jurídico de los Recursos Naturales por la UBA. Sus últimos libros publicados son: “Ambiente Petróleo y gas” en coautoría con Pigretti, Eduardo y Bllorio Clabot, Dino. Ed Lajouane. 2011. “Derecho Ambiental de aguas” en coautoría con Pigretti y Bellorio Clabot. Ed Lajouane 2012. “Mariano Moreno. 1805-1811” Ed. Lajouane. 2010. “Derecho Agrario Ambiental” en Coautoría con Bellorio Calbot, Dino. Ed Ad Hoc. 2009. Fue hasta noviembre de 2011 Vicedecano de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la Universidad de Belgrano. Es Profesor Asociado de la materia Derecho de los Recursos Naturales y Medio Ambiente de la UAI. Es miembro del Instituto de Ecología, Ambiente y Recursos Energéticos del CPACF. Es Profesor con ofertas de cursos a distancia de la Fundación CIJUSO.

² El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo elabora un Índice de Desarrollo Humano.

límites políticos de cada partido bonaerense donde la cuenca hídrica ocupa un espacio³. Fuera los límites de la cuenca el Juez especial Armella realizó procedimientos dentro de la Causa Beatriz Mendoza, que nada inciden en el saneamiento del río, con el agravante de utilizar dineros públicos en acciones arbitrarias.

1.- La hora de la reflexión

A veintitrés años del primer plan de saneamiento, a nueve años que la Corte Suprema de Justicia tomó la constitucionalmente dudosa decisión de formular y plantear objetivos de saneamiento del Matanza Riachuelo, hay una realidad que visualiza cualquier ciudadano común que se pare frente al Riachuelo: que sus aguas no se han saneado y sigue contaminado, como su cauce y ribera.

El 3 de enero de 1993, la entonces secretaria de Recursos Naturales y Ambiente Humano, María Julia Alsogaray, implementó un plan⁴, prometiendo que en mil días se podría nadar en el Riachuelo. Desde entonces varios planes (o el mismo plan reciclado) fracasaron, a pesar de contar con un abultado financiamiento del Banco Mundial.⁵

En el año 2006, la Corte Suprema de Justicia se declara competente en autos “Mendoza Beatriz y otros, c/Estado Nacional y otros, s/ Daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo”, con un fallo de apertura de ese año y sentencia definitiva en el año 2008, donde designa a jueces especiales federales para asegurar la ejecución de la sentencia⁶. Casi paralelamente, en diciembre de 2006, a propuesta del Poder Ejecutivo Nacional y de su secretaria de Ambiente, Romina Picollotti, el Congreso Nacional sanciona la Ley 26.168, creando la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo ACUMAR, invitando a adherir a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a la Provincia de Buenos Aires.

La pregunta que hay que hacer en esta hora es: ¿Por qué el Matanza Riachuelo sigue contaminado a pesar del tiempo transcurrido de la puesta en marcha de los planes de saneamiento, la vasta literatura, la persistente propaganda, las arduas leyes, la sumatoria de declaraciones y reclamos, y el fallo de la Corte en la causa Beatriz Mendoza y su ejecución?

³ En Acordada del 27 de diciembre de 2012, ante Recurso del procurador General de la CABA, la Corte deja sin efecto la sentencia del Juez Armella.

⁴ Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo. Presentación del 3 de enero de 1993. Base del actual Plan Integral de Saneamiento Ambiental de la Cuenca del río Matanza Riachuelo (PISA).

⁵ Préstamo del Banco Mundial (BIRF 7706-AR).

⁶ En julio de 2004 un grupo de vecinos que residen en la Cuenca Matanza-Riachuelo interpusieron demanda ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 44 empresas para obtener indemnización por daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la contaminación de la Cuenca, cese de la contaminación y recomposición del medio ambiente. En julio de 2008 la Corte dictó la sentencia en la que adjudica la responsabilidad que les cabe al Estado Nacional, la provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en las acciones destinadas a un mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la recomposición del ambiente y la prevención de daños futuros. **(Sin vinculación con el río)**. La Corte estableció un programa de intervención que obliga a la Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR) a seguir un cronograma de actuación de medidas que se vinculan a: a) producción y difusión de información pública; b) control de la contaminación industrial; c) saneamiento de basurales; d) extensión de obras de aguas, cloacas y desagües pluviales; e) realización de un plan sanitario de emergencia; f) adopción de un sistema internacional de medición para evaluar el grado de cumplimiento de los objetivos. (Todo sin precisar su vinculación con el saneamiento del río). A fin de asegurar la ejecución de la sentencia, la Corte delegó el proceso de ejecución al Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes que tenía (Juez especial, que fue obligado retirarse por presunta corrupción) que controlar el cumplimiento de la sentencia.

La sociedad nacional está en las vísperas de nuevos tiempos: El titular del Poder Ejecutivo Nacional va a cambiar a partir de diciembre de 2015, así como los titulares de los poderes ejecutivos de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que revistan el carácter de condóminos del río Matanza Riachuelo y con competencia primaria sobre su gestión y protección. Es el tiempo pertinente, pues, que frente a la realidad de la contaminación del Riachuelo y los acontecimientos jurídico-institucionales sucedidos, se realice un análisis valorativo mediante un procedimiento metodológico ordenado y sistemático. Se hace necesario conocer si se establecieron objetivos correctos, si se lograron los resultados esperados, o, en su defecto, cuáles son las causas del fracaso del cumplimiento de los objetivos propuestos, o la lentitud de su logro. Este nuevo análisis, debería llevar a conclusiones renovadas y replanteos de la estrategia del saneamiento del Riachuelo, que sea viable, inteligente y racional.

Como contribución a la reflexión y análisis de las causas que obstaculizan el real y eficaz saneamiento del río Matanza Riachuelo, realizo los siguientes comentarios y observaciones:

2.- Una herramienta deficiente: la ley 26.168 de creación de la ACUMAR

El debate acerca del dominio de los ríos interjurisdiccionales ha sido arduo e irresuelto en la Argentina, llegando el conflicto interprovincial a tener que ser planteado ante la Corte Suprema de Justicia, como el caso del río Atuel entre La Pampa y Mendoza o el de la laguna La Picasa entre Santa Fe y Buenos Aires. La solución para una gestión integrada y racional de los ríos interprovinciales se encontró en la década del setenta en los denominados “comités de cuenca”, donde las provincias y la Nación, a través de tratados interjurisdiccionales, conformaron entes donde se decide en conjunto los usos del agua de un río y sus afluentes. El Comité Interjurisdiccional del Río Colorado es un ejemplo exitoso, que dio lugar a que Pedro Frías⁷ calificara esta solución como “federalismo de concertación” y la viera como una alternativa de resolución de los conflictos interjurisdiccionales.

Apartándose de estos antecedentes, el Congreso Nacional sanciona, de manera unilateral, la Ley 26.168 creando la Autoridad de la Cuenca del Matanza Riachuelo (ACUMAR), poniendo como Presidente automático del ente al secretario de Ambiente de la Nación, invitando a la Provincia de Buenos Aires⁸ y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir⁹. Este mecanismo de constitución del ente mediante una ley de adhesión y no mediante un tratado entre partes iguales, indica un predominio del Estado Nacional por sobre las otras dos jurisdicciones, colocándolas en un papel secundario que resulta inconveniente al momento de la ejecución de las acciones. Este predominio se plasmó hacia adentro mismo del organismo dándole mayores funciones ejecutivas a su Presidente, el secretario de Ambiente de la Nación. Situación que fue remediada, mediante el Decreto N° 2103/2013, que modifica la Ley 26.168.

Este predominio pudo haber tenido origen en que el Estado Nacional contribuye con el 90 por ciento del financiamiento, a través de un Préstamo del Banco Mundial. Pero ha

⁷ FRÍAS Pedro J. “Federalismo como sistema”. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y otras ediciones : Frías Sobre poder y sociedad, UNSTA, Tucumán, 1983. Este autor cordobés, que fue miembro de la Corte Suprema de Justicia, reemplazó en las obras finales de su carrera el vocablo “concertación” que utilizó inicialmente, por “cooperación”.

⁸ Adhiere en marzo de 2007 por la Ley Nro: 13642.

⁹ Adhiere en enero de 2007 por la Ley Nro: 2217.

quedado en evidencia que no se trata solo de fondos, ya que desde 1993 se cuenta con fondos suficientes para el saneamiento y ello no ha significado un gran avance en la tarea.

La Ley de creación de la ACUMAR le otorga facultades excesivas al ente, que si se cumplieran de manera estricta, le quitaría completamente las competencias en materia ambiental a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el ámbito espacial que abarca la cuenca. Así, la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo, tiene facultades “de regulación, control y fomento respecto de las actividades industriales, la prestación de servicios públicos y cualquier otra actividad con incidencia ambiental en la cuenca...” (art 5).

Las facultades otorgadas al organismo llegan al punto de poder “disponer medidas preventivas cuando tome conocimiento en forma directa, indirecta, o por denuncia, de una situación de peligro...para la integridad física de los habitantes en el ámbito de la cuenca”. También está facultado para “Ordenar la cesación de actividades o acciones dañosas para el ambiente o la integridad física de las personas;” así como “ Disponer la clausura preventiva, parcial o total, de establecimientos o instalaciones de cualquier tipo”. Para que no quede dudas el artículo 6 establece que “Las facultades, poderes y competencias de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo en materia ambiental prevalecen sobre cualquier otra concurrente en el ámbito de la cuenca, debiendo establecerse su articulación y armonización con las competencias locales”. (art 7)

La defectuosa técnica legislativa y la difusa y ambiciosa extensión, dilatación y amplitud de objetivos ambientales obligan a un difícil ejercicio de interpretación de su articulado para poder conocer de manera fehaciente qué es lo que persigue centralmente el organismo.

Estas características esenciales de la ACUMAR explica el tibio apoyo de la Ciudad y de la Provincia al organismo, como así también al débil ejercicio del poder de policía de estas dos partes en lo atinente a su función de protección ambiental debido a la confusa concurrencia de competencias en el área geográfica de la cuenca.

3.- La intromisión de la Corte en funciones del Poder Ejecutivo

En su fallo del año 2008 en la causa Mendoza Beatriz, la Corte ordenó, sin que los demandantes lo hayan pedido, y mandó a cumplir objetivos por sí misma fijados, que debían estar en un programa específico de los poderes ejecutivos nacional y locales:

“El programa debe perseguir tres objetivos simultáneos consistentes en: 1) La mejora de calidad de vida de los habitantes de la cuenca; 2) La recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos); 3) La prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción.”

Acerca del objetivo 1) “La mejora de calidad de vida de los habitantes de la cuenca;” aún vinculándolo simultáneamente, como manda el Alto tribunal, a los otros dos objetivos, resulta un concepto que abarca más que el estricto que debe ser tenido en cuenta en la causa. La materia hídrica y su dimensión ambiental, son solo una parte del concepto “calidad de vida”, del cual forman parte otros que son ajenos a lo hídrico-ambiental. Calidad de vida es el género, que se divide en especies, entre las cuales está lo ambiental.¹⁰ El indicador

¹⁰GOLDENBERGER, C. 1978, *Desarrollo y Calidad de Vida*. En: Revista Argentina de Relaciones Internacionales, N 12. CEINAR. Buenos Aires. 2013. Este concepto alude al bienestar en todas las facetas del hombre, atendiendo a la creación de condiciones para

comúnmente usado para medir la “calidad de vida” es el Índice de Desarrollo Humano (IDH), establecido por las Naciones Unidas para medir el grado de desarrollo de los países a través del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), cuyo cálculo se realiza a partir de las siguientes variables: Esperanza de vida; educación y PIB per cápita¹¹.

El concepto “calidad de vida” está incorporado como un objetivo de la política ambiental nacional en la Ley General del Ambiente, de donde surge que el Estado Nacional debe, según el, artículo 2 inciso b: “Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria;” Es un objetivo de política, es decir, que el poder administrador evaluará de incorporar en sus acciones según mérito oportunidad y conveniencia. Por ello la palabra inicial de la oración es “Promover”. La Corte no tiene atribuciones de fijación de políticas, es un ámbito estrictamente vedado para el Poder Judicial.

Cuando en el objetivo 2 la Corte manda “*La recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos)*” excede sus atribuciones ordenando un objetivo amplio, que por ello mismo se hace difuso, vago, y termina desvinculado del saneamiento del río.

La contaminación de que se trata es del río Matanza Riachuelo. ¿Qué es río? El Código Civil y Comercial de la Nación lo define como “el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias.” (Art 235). La vigente pero incumplida Ley de presupuestos mínimos de gestión ambiental de aguas, N° 25.688, define a la cuenca hídrica superficial como “la región geográfica delimitada por las divisorias de aguas que discurren hacia el mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único y las endorreicas”. (Art 2)

La Corte, en el Fallo Mendoza, tergiversa el concepto de “cuenca hídrica”, le da un alcance mayor y distinto al que tiene en materia hídrica. La consideración de la cuenca se realiza a efectos de que se constituya en territorio base para la gestión integrada de los recursos hídricos. Según las Naciones Unidas, el concepto “cuenca” alcanza su mayor difusión y consolidación jurídica internacional en el capítulo 18 “Protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce: aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenación y uso de los recursos de agua dulce” del Programa 21, aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 3 al 14 de junio de 1992). Allí se enfatizó que la “ordenación integrada de los recursos hídricos, incluida la integración de los aspectos relativos a las tierras y a las aguas, tendría que hacerse a nivel de cuenca o subcuenca de captación” y que la “compleja interconexión de los sistemas de agua dulce exige una ordenación global de dichos recursos (basado en la ordenación de las cuencas hidrográficas)”. El concepto de cuenca hidrográfica está unido al concepto de Gestión Integrada de los Recursos Hídricos (GIRH). La definición que da la Asociación Mundial para el Agua (GWP) de la GIRH es hoy la más aceptada: “La GIRH es un proceso que promueve la gestión y el desarrollo coordinados del agua, el suelo y los otros recursos relacionados, con el fin de maximizar los resultados económicos y el bienestar social de forma equitativa sin comprometer la sostenibilidad de los ecosistemas vitales.”. Así lo informa Naciones Unidas, siempre poniendo énfasis que este proceso se vincula con la disponibilidad de agua, tanto en cantidad como en calidad.¹²

satisfacer sus necesidades materiales (comida y cobijo), psicológicas (seguridad y afecto), sociales (trabajo, derechos y responsabilidades) y ecológicas (calidad del aire, del agua).

¹¹ UNITED Nations. Human Development Programme. Development Report 2014. Sustaining Human Progress: Reducing Vulnerabilities and Building Resilience. Human Development Reports.

¹² <http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade>. Año 2015

En los Principios Rectores de Política Hídrica, al que adhirieron todas las provincias argentinas en el año 2003, establece en su punto 5 que “Las múltiples actividades que se desarrollan en un territorio (agricultura, ganadería, explotación forestal, minería, urbanización, industria) afectan de una u otra forma sus recursos hídricos. De ello se desprende la necesidad de imponer prácticas sustentables en todas las actividades que se desarrollen en las cuencas hídricas. Al mismo tiempo exige que el sector hídrico participe en la gestión territorial de las mismas, interviniendo en las decisiones sobre el uso del territorio e imponiendo medidas mitigatorias y restricciones al uso del suelo **cuando pudiera conducir a impactos inaceptables en los recursos hídricos**, especialmente aquellos relacionados con la calidad de las aguas, la función hidráulica de los cauces y los ecosistemas acuáticos”¹³.

Con lo cual queda claro que la cuenca hídrica no es una nueva jurisdicción territorial, donde un organismo estatal nuevo, de carácter interjurisdiccional, como lo es la ACUMAR, tiene competencia para proteger al ambiente y a cada uno de los recursos naturales allí existentes, más la calidad de vida de sus habitantes, con carácter amplio y general. Por el contrario, de lo se trata es articular la gestión de los otros recursos naturales estrictamente cuando **pudiera producir impactos negativos en los recursos hídricos**. A *contrario sensu*, cuando se produce una contaminación o daño de otro recurso natural, como en el suelo o el aire, que no impactan negativamente sobre el río, aunque se encuentren dentro del área geográfica de la cuenca, escapan a la consideración hídrica, de manera que no se encuentran dentro de la competencia de ningún organismo estatal vinculado con lo hídrico.

La Corte y sus jueces especiales delegados han tomado al área geográfica de la Cuenca como una delimitación administrativa para que la ACUMAR ejerza en ella autoridad sobre **todos** los asuntos ambientales, cuando solo debe actuar cuando impacten negativamente en el río. Esta es la necesaria articulación que debe haber entre los otros recursos naturales y el río. A ello se agrega, más aislado aún del mejoramiento de la calidad de las aguas del río, acciones tendientes al mejoramiento de “la calidad de vida de sus habitantes”, tengan o no, impacto sobre el Río Matanza Riachuelo.

Esta concepción exótica a lo hídrico, de lo que debe ser y cómo debe actuar un organismo interjurisdiccional de cuenca, es impuesta por la Corte en el Fallo del año 2008 en la causa Beatriz Mendoza. Desviación profundizada por sucesivas sentencias de sus jueces delegados, a lo que se suma la acción diaria de presión intrusiva que ejerce el Poder Judicial sobre la ACUMAR¹⁴, torciendo el rumbo que debe tener un Plan de saneamiento eficaz, dilapidando los fondos existentes en objetivos ajenos al saneamiento real del río y malogrando los resultados que deben esperarse.

4.- Jurisprudencia contradictoria

No solo la Corte le da un carácter distinto al que debe tener el concepto de cuenca sino que contradice en el Fallo Beatriz Mendoza su propia jurisprudencia respecto de la interjurisdiccionalidad. La Corte ha sostenido reiteradamente, aplicando el artículo 7 de la Ley General del Ambiente, que si se produce un daño ubicado en un lugar físico que no alcanza a los recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia es local. En el caso de los ríos, el

¹³ La negrita me pertenece.

¹⁴ Los jueces delegados crean objetivos, establecen acciones, fijan plazos, llegando a participar en las reuniones propias de la ACUMAR y de los organismos de los poderes ejecutivos involucrados, en la sede física de los mismos. La intrusión no es solo institucional sino física.

daño debe alcanzar el agua. Si no lo hace, es competencia local. Así lo ha establecido en el *leading case* “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ acción de recomposición y saneamiento del Río Reconquista s/ cautelar”, Fallos 331:699, también en “Altube, Fernanda Beatriz y otros c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ amparo”, 28-05-2008, Fallos 331:1312. Asimismo ha fallado con este criterio en “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas c/ San Antonio Servicios Petroleros, YPF y otros s/daño ambiental”, donde estando probado en sede administrativa que se enterraron toneladas de residuos de hidrocarburos en un predio a metros del río Limay, como estos no llegaron al agua del río, la competencia judicial fue declarada local. Lo que implica que ese suelo, a pocos metros del río, que es parte de la cuenca hídrica, y que se encuentra dentro del ámbito territorial de un comité de cuenca, el COIRCO, no es interjurisdiccional.

Si un daño no es interjurisdiccional en el resto del suelo cercano a los ríos interprovinciales, cuando este no alcanza al agua del río, nos preguntamos: ¿por qué sí lo es en el caso del Matanza Riachuelo?

5.- Una intromisión inconstitucional e inconducente

Otra de las causas que obstaculizan el saneamiento real del Matanza Riachuelo es la intromisión del poder judicial en funciones que corresponden al Poder Ejecutivo. El fallo recaído en la causa Beatriz Mendoza altera el equilibrio de las funciones inherentes a la forma republicana de gobierno, vulnera la división de poderes establecidas por la Constitución Nacional. En el caso existe una transgresión horizontal, y también lo hace de manera vertical, ya que al sustituir funciones de los poderes ejecutivos de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ataca el federalismo que establece nuestra Carta Magna. Profundiza esta confusión inconstitucional de funciones, la acción emprendida por los jueces especiales a los cuales la Corte delegó la vigilancia de la ejecución del fallo del 2008. El Poder Judicial ahoga, asfixia, sofoca, la actividad discrecional propia del poder administrador, dejándolo sin la facultad de decisión del programa de saneamiento, ya que fue la Corte quién fijó los objetivos y los plazos, (Igualmente incumplidos, por lo cual su mandato coercitivo es inconducente e ineficaz). Obstaculiza aún más la acción del poder administrador, nacional y local, la intromisión constante de los jueces especiales delegados.

El Plan Integral de Saneamiento Ambiental de la Cuenca Matanza Riachuelo (PISA) que ejecuta la ACUMAR lo hace pura y exclusivamente dentro del Fallo Beatriz Mendoza de la Corte. En síntesis conclusiva, y repudiando el sistema republicano de gobierno, la ACUMAR trabaja para el Poder Judicial.

6.- Incongruencia procesal

La Corte Suprema ha vulnerado el principio de congruencia procesal que hace a la garantía del debido proceso. La incongruencia aquí se manifiesta en la inadecuación entre lo pedido en la demanda y la decisión judicial contenida en el fallo del año 2008. El alto tribunal justifica tal actitud afirmando que “La condena que se dicta consiste en un mandato de cumplimiento obligatorio para los demandados, con las precisiones que surgen de los considerandos siguientes y **cuyo contenido es determinado por el Tribunal en uso de las atribuciones que le corresponden por la Constitución y por la ley general del ambiente. Ello es así porque la demanda no contiene las precisiones suficientes**, tal y como ha sido puesto de manifiesto por esta Corte en la resolución del 20 de junio de 2006.”

A este respecto es menester considerar que la Constitución Nacional le da competencia en la causa en razón de tratarse de provincias que son parte, según el artículo 116, pero no autoriza en ningún lugar de su articulado que pueda atribuirse funciones ejecutivas, so pretexto de que lo que se ejecuta es una sentencia, y menos que atente contra el debido proceso, garantizado por el artículo 18 de la Constitución Nacional. Los jueces delegados son jueces especiales, que siguen dictando sentencias sobre hechos ajenos a la causa central y más allá de lo establecido en el Fallo Beatriz Mendoza.

Respecto de las atribuciones que la Corte pretende fundar en la Ley General del Ambiente, están tomadas precisamente de un texto del articulado que fue expresamente vetado por el Poder Ejecutivo Nacional. En efecto el PEN vetó este texto del artículo 32: "Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes". En este caso la Corte se extiende más allá de lo que las partes sometieron a su consideración.

7.-Un posible regreso a la división de poderes.

El 2 de junio de 2015 la Corte Suprema de Justicia deja sin efecto una sentencia que su Juez especial delegado había dictado el 27 de mayo de 2011. En la sentencia, el Juez Federal de Quilmes, Luis Armella, había ordenado: 1.- "Realizar una regulación única que determine las facultades de la ACUMAR, para articular y controlar el transporte en forma directa y general". 2.- Realizar por parte de ACUMAR un "Plan Integral de transporte para la cuenca." 3.- Respecto del transporte debe "considerarse el aprovechamiento y puesta en valor de las estructuras existentes, pavimentos, rieles, puentes y ductos." 4.- "Reconstruir el Puente Transbordador Nicolás Avellaneda" así como "volver a usar el Puente Barraca Peña". 5.- "Poner en valor la estación Puente Alsina", y también "la estación La salada". 6.- La ACUMAR debe "iluminar y alambrar la Línea Roca en el meandro de Brian". ¿Cuál es el sentido hidrográfico de estas medidas? ¿Cómo se vincula cada una de ellas con el saneamiento del río? ¿Cuál es la incidencia en el mejoramiento de la calidad del agua del Riachuelo?

Frente a este dislate, recurrió en queja la CABA, y la Corte falla el 2 de junio de 2015¹⁵ tomando una posición que permite vislumbrar un regreso a la división de poderes y a culminar con la intrusión del poder judicial en las acciones propias de los poderes ejecutivos.

La Corte establece en este reciente fallo que el Juzgado Federal de Quilmes, adoptando una interpretación excesivamente amplia del alcance de la misma y en inequívoco apartamiento de lo allí dispuesto -con fundamentación aparente en la obligación principal de cumplir con la implementación de un "Plan Integrado de Saneamiento Ambiental" (PISA)-, impuso la obligación de programar un "Plan Integral o Sistema de Modelización del Transporte", en cabeza del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, -con las demás jurisdicciones: Estado Nacional y de la Provincia de Buenos Aires- bajo la articulación de la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR).

La Corte entiende que la obligación de implementar un "Plan Integral o Sistema de Modelización del Transporte", colisiona con los "pronunciamientos de esta Corte dictados en la misma causa, no está prevista de manera implícita ni expresa, en las categóricos y claros objetivos establecidos por este Tribunal, ni de ninguna de las

¹⁵ CSJ 641/2011 (47-A)/CS1 RECURSO DE HECHO ACUMAR s/ Ordenamiento Territorial. 2 de junio de 2015.

sentencias que dan vida a la ejecución en curso, resultando -por ende- dicha orden un exceso jurisdiccional inadmisibles”.

“La labor jurisdiccional encomendada al juez de ejecución en el caso, se centra fundamentalmente en la necesidad de controlar la efectiva implementación del "Plan Integral de Saneamiento Ambiental" (PISA) de la Cuenca Matanza-Riachuelo, presentado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no debiendo disponer ningún Plan, ni ordenar se programe nada que no encuentre claro fundamento en las previsiones dispuestas en el mismo”.

El Alto Tribunal establece en el Fallo que “las facultades ordenatorias del proceso que le reconoce el artículo 32 de la ley 25.675 General del Ambiente al Tribunal en las causas vinculadas a la recomposición del ambiente dañado deben ser ejercidas con rigurosidad” .

Este Fallo puede ser el inicio de una vuelta a la constitucionalidad, a la división de poderes, esencia de nuestro sistema republicano, que conllevará a la eficacia del plan de saneamiento del Matanza Riachuelo.

¿Cómo seguir, aprovechando la oportunidad histórica?

¿Cómo se hace para poder vencer las fuerzas que se oponen al uso inteligente y responsable del río? ¿Por qué se puede sanear hoy un río que se viene contaminando desde la época de la Colonia? ¿Cómo aprovechar los cambios institucionales que se avecinan y sus consecuencias, para retomar un rumbo que termine en el real saneamiento del Matanza Riachuelo?

El verdadero objetivo ambiental que es mejorar la calidad del agua del río, el uso inteligente y responsable de las aguas en beneficio de toda la comunidad, solo es posible si se dan algunas condiciones:

Primero: Tener conciencia de la existencia del problema. Si la sociedad nacional y en especial los habitantes de la cuenca se han resignado a que el Riachuelo es ya un río muerto, que fue, es y será así, difícilmente pueda lograrse una tarea de saneamiento eficaz. La naturalización del problema, es la desaparición del problema. En función de conocer de manera fehaciente la voluntad popular y asegurar las futuras decisiones a tomar, podría concretarse el mecanismo de democracia semidirecta, la consulta popular del artículo 40 de la Constitución Nacional, a efectos de que quede clara y explícita la voluntad de la sociedad involucrada en la cuenca respecto de sanear o no el río. Teniendo esta decisión popular verificada, el poder administrador, a través del organismo interjurisdiccional, tendrá la fuerza suficiente para eludir los obstáculos que hoy existen para el eficaz saneamiento del río y poder así incorporar otros usos, que el ser mero cuerpo receptor de residuos, como lo es hoy.

Segundo: Debe existir la convicción plena y absoluta en la cabeza de cada jurisdicción de que el saneamiento del río, su aprovechamiento inteligente y uso responsable es necesario, conveniente y posible, aún contra los obstáculos existentes. Si no existe esta convicción en el Gobernador, en el Jefe de la Ciudad y en el Presidente y sus Ministros, tampoco hay solución. Es tan amplio, profundo e integral el problema que ningún plan parcial y débil institucionalmente logrará sus objetivos. Esto debe verificarse en la firma, con la celeridad que corresponde a la importancia dada a la problemática, de un tratado interjurisdiccional dando nueva organización a la ACUMAR. No es empezar de nuevo sino de continuar con más firmeza y eficacia. Es evitar negar el federalismo ordenando racionalmente su complejidad.

Tercero: En base a la conciencia del problema y la convicción en el éxito de los objetivos cada jurisdicción debe poner la máxima voluntad política para la ejecución de la tarea. Complementando a la ACUMAR desde cada jurisdicción mediante las acciones pertinentes, sin desligar responsabilidades. Debe haber, asimismo, a través de una “Declaración de Intendentes”, una manifestación explícita de cada titular de los municipios de la cuenca que se comprometen al saneamiento del río.

Cuarto: Debe volverse a la división de poderes, desjudicializando la ejecución de las acciones saneantes del río, para alejar el obstáculo asfixiante que significa la actual dinámica impuesta por la Corte Suprema al Poder Administrador por la ejecución del Fallo del año 2008 en la causa Beatriz Mendoza.

Quinto: Las tres jurisdicciones deben suscribir un tratado interjurisdiccional, que implique igualdad de las partes, en reemplazo de la discriminante Ley 26.168, fijando objetivos claros y concretos cuya centralidad sea el mejoramiento de la calidad de las aguas del río y estableciendo sus posibles futuros usos.

Sexto: El poder judicial y los poderes ejecutivos deben darle al concepto “cuenca” su verdadero contenido, que es el hidrográfico, evitando tomarlo como un espacio para ejecutar acciones ajenas al saneamiento de las aguas del río. Las acciones en materia ambiental deben ser aquellas que eliminen, mitiguen o eviten un impacto negativo en la calidad de las aguas del río. Las medidas ambientales que no impliquen incidencia sobre el Matanza Riachuelo significan derroche de esfuerzos, pérdida de tiempo que alarga los plazos del logro del objetivo central, y dilapidación de fondos. El PISA, si se mantiene, los planes, programas, proyectos, medidas, acciones, de las partes involucradas, tanto si están reunidas en la ACUMAR como si complementan con acciones jurisdiccionales unilaterales, deben tener como objetivo central el mejoramiento de la calidad del agua del río y sus afluentes.

~

Derechos Reales

Protección de la Vivienda en el Código Civil y Comercial

Por María Alejandra Pasquet¹

1. La Función Social del Derecho a la Propiedad en el Código Civil y Comercial

Introducción

El Código Civil y Comercial busca ser un corpus normativo multicultural, inclusivo, bajo un paradigma no discriminatorio y con un incipiente reconocimiento de la función social de la propiedad

Esto ha implicado un cambio rotundo de ideología entre el Código Civil y la Ley 26994. Esta ruptura de paradigma afectó casi todas las relaciones de orden civil, comenzando con los estados jurídicos de las personas.

Sin embargo, los cambios introducidos también afectaron a las figuras e institutos del derecho civil que exceden este trabajo.

Aquí analizamos como la vivienda ha obtenido un tratamiento más amplio e inclusivo para todas las personas en pos de proteger la relación posesoria con la cosa, que en nuestro caso, se limita al hábitat cotidiano.

Por tal razón, la vivienda no se protege en conexión con las relaciones familiares, sino en virtud de que ella es un derecho humano, de todos.

Esta lógica ya se encontraba presente en el Proyecto de Código de 1998, en cuyos Fundamentos se podía leer: “El avance sobre las reglas del bien de familia es notable, en tanto se autoriza la constitución del bien de familia a favor del titular de dominio sin familia, con lo que se pretende atender a la cada vez más frecuente situación de la persona que vive sola y que necesita también proteger un lugar donde habitar”.

En síntesis, el nuevo régimen de protección de la vivienda encuentra su fundamento en el derecho humano que toda persona tiene a la vivienda y no en la protección de la familia en sentido estricto; de hecho, excede el marco familiar y se transforma en un instituto independiente de la familia, aunque no ajeno a ella. (Herrera)².

Desde el puro enfoque constitucional, nuestra Carta Magna de 1994 consolidó los derechos sociales y el derecho a una vivienda digna (artículo 14 bis). Además, en el orden internacional en el artículo 75 incisos 2, 17, 19, 23 y 86 cristalizó los derechos económicos, sociales y culturales. Sin olvidar el orden de prelación establecido por el artículo 75 inciso 2° del mismo cuerpo normativo.

¹ Abogada, Mediadora, Profesora Universitaria. Docente Titular por Concurso de Derechos Reales en UAI. Docente de la Escuela de Postgrado de Practica Profesional de la UNR, Módulo Derechos Reales. Postgrado en Acciones Reales UBA

² Herrera, Marisa. *Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Infojus. www.infojus.com.ar. Id Infojus: DACF140723

Se deduce de lo expuesto que el Constitucionalismo liberal que destacaba los derechos de “primera generación” (la vida, la libertad y la propiedad) va perfilándose, con el trascurso del tiempo en un constitucionalismo social como respuesta a una actitud distinta que se pretende del Estado y es la de que garantice el pleno goce de los derechos que se pretenden proteger en la etapa liberal como en la social. Con este último, llegan los derechos de “segunda generación”, por ejemplo: el derecho a la salud, a una vivienda digna, a la alimentación, al trabajo en condiciones adecuadas y el derecho a la educación.

In re “González Luisa Nélide c/ Lenarduzzi Valeria Alejandra s/Desalojo (excepción por falta de pago)” Expte N°151129, la CACC, sala 3, de Mar del Plata señaló: “...Entonces, el Código Civil y Comercial vigente, recepta la constitucionalización del derecho privado y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, lo que se vislumbra con la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores y de los bienes ambientales (conforme “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. Editorial La Ley, 2012). Entre estos aspectos se encuentra el derecho a la vivienda, constituyendo un derecho humano y encontrándose este derecho íntimamente enlazado al concepto de familia”

Ahora bien, se ha mencionado que el Código Civil y Comercial ha incluido a la relación de convivencia como otro instituto al mismo nivel que el matrimonio, aunque con grandes diferencias. Pues entonces comenzaremos a reflexionar sobre este instituto y como los convivientes se ven protegidos en el hábitat permanente aunque no sean propietarios del inmueble.

Puntualmente, la comisión de reformas designada por el Decreto 191/2011, presidida por el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti e integrada por las Dras. Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci, enfatizó en la necesidad de regular a las uniones convivenciales y encontró su razón de ser en el "progresivo incremento del número de personas que optan por organizar su vida familiar a partir de una unión convivencial" lo que constituye una constante en todos los sectores sociales y ámbitos geográficos (Título III: Unión convivencial).

Advertimos que el Código nuevo respeta y destaca, al menos en sus primeros tres Libros, la denominada función social de los derechos. Pero a poco de comenzar a leer el Libro IV (Derechos Reales) notamos que disminuye ese “impulso” al reconocimiento integral de esa función, empero, cabe la posibilidad de “leerlo e interpretarlo” a la luz de los Fundamentos y las fuentes consultadas por sus redactores (jurisprudencia y doctrina que avalan esta perspectiva)

La función social de la posesión y la propiedad

Una visión interesante es la que revela a la posesión como instrumento de paz y de seguridad jurídica. Las ideas de paz, orden, seguridad y respeto a lo dado o establecido vienen tradicionalmente implicadas en la esencia y función de la posesión.

Si observamos detalladamente, existe una conexión importante entre la función social de ella y las garantías constitucionales, se vislumbra el sincretismo con el Preámbulo de Nuestra Carta Magna.

Es dable mencionar que siempre se avizora en la posesión una sensibilidad social y un substrato de intereses colectivos.

La función social se muestra como presupuesto (es la constante impulsión social que mueve, atribuye y distribuye) y como fin (el para qué) de la ordenación jurídica. A su vez, teleológicamente hablando, el ordenamiento jurídico debe ser el emergente de la realidad social y también, tiende a modificar estructuras sociales y sus correspondientes encuadramientos jurídicos.

La pregunta que se nos presenta es si la posesión, conceptualizada en el Código Civil y Comercial, responde a la demanda social, si es receptora de la realidad de la vivienda y la cuestión habitacional.

La utilización de las cosas a través de los derechos o simplemente su gestión económica se traduce en actos posesorios. Desde el punto de vista sociológico, sirve como “piedra de toque” para medir el grado de estratificación social. Sin hesitar, la tenencia de la tierra funda las situaciones posesorias más características. El cultivo y aprovechamiento de la tierra, es también parte del asiento de tradiciones familiares y locales.

Pues entonces desde las apreciaciones mencionadas, hasta nuestros días, muchas circunstancias y nuevas normas se han generado que nos llevan a repensar estos conceptos.

La acuciante falta de viviendas en nuestro país, o el poco acceso a créditos para la vivienda ponen en el tapete y obliga al debate respecto al concepto de propiedad y las formas de acceder a ella. Indudablemente el concepto iluminista o liberal con que se sancionó el Código Civil quedó hace mucho tiempo obsoleto. Pero el nuevo Código Civil y Comercial necesita ser interpretado en clave de hogar, de vivienda familiar, de vivienda digna.

2. Protección jurídica de la vivienda y el hogar

El CCC plasma en el plexo normativo el paradigma de la constitucionalización del derecho privado, sin embargo, no debemos dejar de atender que también consolida la convencionalización del mismo a través del reconocimiento como fuente y regla interpretativa de su articulado, los tratados de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y todos los demás instrumentos internacionales suscriptos por la República Argentina.

En los Fundamentos del Anteproyecto de la ley 26.994 se hace referencia a la vivienda como un derecho humano reconocido por los pactos y tratados de Derechos Humanos y el resto de los documentos internacionales.

Así es que dedica todo el capítulo 3 a la VIVIENDA en reemplazo del denominado “Bien de Familia” instituido por la ley 14.394.

1. Afectación del bien

CAP. 3 VIVIENDA. Art. 244 al 256.

Afectación

244. Puede afectarse al régimen previsto en este capítulo, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales.

La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario.

No puede afectarse más de un inmueble. Si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo considerarse afectado el constituido en primer término.

La inscripción es declarativa. Remite el 244 de modo tácito al art. 2 de la ley 17.801: carácter declarativo de todos los actos que tengan por objeto la constitución, transmisión, declaración, modificación o extinción de derecho reales sobre inmuebles.

Legitimados

Art. 245. La afectación puede solicitarla por

- a. el **titular registral**; en este caso, es necesario que uno de los beneficiarios habite con el constituyente (habitación efectiva)
- b. si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos **los cotitulares** conjuntamente.
- c. La afectación puede disponerse **por acto de última voluntad**; en este caso, el juez debe ordenar
 - la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios,
 - o del Ministerio Público,
 - o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida (art. 32)

Beneficiarios

Art. 246. Son beneficiarios:

- El propietario constituyente: Su cónyuge
- Su conviviente
- Sus ascendientes
- Descendientes
- En defecto de ellos: los parientes colaterales dentro del 3er grado que convivan con el constituyente.

Habitación efectiva

247. Afectación petitionada por el titular registral: debe convivir con alguno de los beneficiarios. En todos los casos, para que los efectos subsistan, basta que uno de los beneficiarios permanezca en el inmueble.

Subrogación real

Art. 248. *La afectación se traslada a la vivienda que la reemplace y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio.*

Esta protección no excluye la acordada por otras disposiciones legales. Por ejemplo la las que pertenecen al régimen patrimonial matrimonial (art.446 al 558 y la del 522 sobre la unión convivencial inscripta)

Efecto principal de la afectación

Art. 249. La afectación es INOPONIBLE a los acreedores de causa anterior a esa afectación.

La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por DEUDAS POSTERIORES A SU INSCRIPCION, excepto:

- Gastos comunes, impuestos, tasas y contribuciones
- Obligaciones con garantía real sobre el inmueble (art. 250 CONFORMIDAD DEL CÓNYUGE O CONVIVENTE CON INSCRIPCION)
- Obligaciones que tiene origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda.
- Obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida.

Los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea esta ordenada en una ejecución individual o colectiva.

Si el inmueble se subasta y queda remanente, éste se entrega al propietario del inmueble.

En el proceso concursal, la ejecución de la vivienda sólo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo (gastos, tributos, garantía real, construcciones y alimentos)

Transmisión de la vivienda afectada

El inmueble afectado no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias, **excepto que favorezcan a los beneficiarios.**

Si el constituyente está **casado o vive en una unión convivencial inscripta**, el inmueble no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la transmisión o gravamen debe ser autorizado judicialmente.

Frutos

Art. 251. Son embargables y ejecutables los frutos SALVO QUE SEAN INDISPENSABLES para satisfacer las necesidades de los **beneficiarios.**

Créditos fiscales

Art. 252. La vivienda afectada está EXENTA del impuesto a la transmisión gratuita por causa de muerte en todo el territorio de la RA, SI ELLA OPERA A FAVOR DE LOS BENEFICIARIOS Y NO ES DESAFECTADA EN LOS 5 AÑOS POSTERIORES a la transmisión

Los trámites y actos vinculados a la constitución, inscripción de la afectación están EXENTOS de impuestos y tasas.

Deberes de la autoridad de aplicación

La autoridad administrativa debe prestar asesoramiento y colaboración gratuita a los interesados a fin de concretar los trámites relacionados con la constitución, inscripción y cancelación de esta afectación.

Honorarios

Art. 254. Si en los **trámites** de constitución, a solicitud del interesado intervienen profesionales, el importe no puede ser superior al 1% de la valuación fiscal del bien.

En el caso de **transmisión hereditaria** de la vivienda afectada y en los **concursos preventivos y quiebras**, no pueden exceder del 3% de la valuación fiscal.

Desafectación y cancelación de la inscripción

Proceden:

- a. A solicitud el constituyente (si está casado o en unión convivencia inscripta debe proceder a la autorización del otro o en defecto judicial)
- b. A solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad. , EXCEPTO que medie disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o que existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida (caso en el cual, el juez deberá resolver lo que más convenga para el interés de estos)
- c. A requerimiento de la mayoría de los condóminos computada en proporción a sus respectivas partes indivisas, con las mismas limitaciones del inciso b.
- d. A instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos en este Capítulo, o fallecen el constituyente y todos sus beneficiarios.
- e. En caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada por este capítulo, con los límites del 249

Inmueble rural

Art. 256. Las disposiciones de este capítulo son aplicables al inmueble rural que **no exceda de la unidad económica**, de acuerdo con lo que establezcan las reglamentaciones locales.

2. Vivienda familiar

ABARCA: ARTÍCULOS 522 (UNIONES CONVIVENCIALES) Y 456 (MATRIMONIO)

Uniones convivenciales

Art. 509. Las disposiciones de este capítulo se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, público, notorio, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo.

Acreditación: por cualquier medio de prueba y en el caso de que sea inscripta con la sola certificación del registro

Protección de la vivienda familiar

Art. 522. Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer sobre los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.

Si no media autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de 6 (seis) meses de haberlo CONOCIDO, y siempre que continuase la CONVIVENCIA.

La vivienda familiar no puede ser EJECUTADA por deudas contraídas después de **la inscripción** de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

Ruptura y uso de la vivienda familiar

Es de destacar que la atribución de la vivienda familiar es una restricción al derecho de propiedad en función de un valor mayor que es el principio de SOLIDARIDAD.

Art. 523. Causales.

Art. 526: atribución del USO de la vivienda familiar. El uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los siguientes supuestos:

- a. Si tiene a su cargo el cuidado de:
 1. Hijos menores de edad
 2. Con capacidad restringida
 3. Con discapacidad;
- b. Si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata

El juez debe fijar el PLAZO DE ATRIBUCION, el que no podrá exceder de DOS AÑOS a contarse desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia, conforme a lo dispuesto en el art 523 (cese da la convivencia)

A petición de la parte interesada, el juez puede establecer:

1. Un renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda
2. Que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos

3. Que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado.
- 4.

Efectos: la decisión produce **efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral**.

Si se trata de un **inmueble alquilado**, el conviviente no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

El derecho de atribución cesa en los mismos supuestos del art. 445.

- Por cumplimiento del plazo fijado por el juez
- Por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación
- Por las mismas causales de indignidad previstas en materia sucesoria.

Matrimonio

Art. 435 al 443

Actos que requieren asentimiento.

Art. 456. Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de 6 (seis) meses de la extinción del régimen matrimonial.

La vivienda familiar no puede ser **ejecutada** por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo haya sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

Ruptura y uso familiar

Art. 435: el matrimonio se disuelve por

- Muerte de uno de los cónyuges
- Sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento
- Divorcio declarado judicialmente

Atribución de la vivienda.

Art. 443. Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y los efectos del derecho sobre la base de las siguientes PAUTAS:

1. La persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos
2. La persona que se encuentre en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios.
3. El estado de salud y edad de los cónyuges
4. Los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.

Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar

Art. 444. A petición de la parte interesada, el juez puede establecer:

1. Un renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda
2. Que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos
3. Que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado.

La decisión produce efectos contra terceros a partir de la inscripción registral.

Cese del derecho al uso

- a. Por cumplimiento del plazo fijado por el juez
- b. Por cambios en las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación
- c. Por las mismas causales de indignidad previstas en materia sucesoria

3. Derecho real de habitación gratuito

MATRIMONIO

Art. 2383 y 2332

Art. 2383: derecho real de habitación del cónyuge supérstite.

El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante.

Art. 2332: Oposición del cónyuge. Condominio con indivisión forzosa temporal.

Si en el acervo hereditario existe un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituye una unidad económica, o partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad, el cónyuge supérstite que ha adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento o que es el principal socio o accionista de la sociedad, puede oponerse a que se incluyan en la partición, excepto que puedan serle adjudicados en su lote.

Tiene el mismo derecho el cónyuge que no adquirió ni constituyó el establecimiento pero que participa activamente en su explotación.

En estos casos, la indivisión se mantiene hasta diez años a partir de la muerte del causante, pero puede ser prorrogada judicialmente a pedido del cónyuge sobreviviente hasta su fallecimiento.

Durante la indivisión, la administración del establecimiento, de las partes sociales, cuotas o acciones corresponde al cónyuge sobreviviente.

A instancia de cualquiera de los herederos, el juez puede autorizar el cese de la indivisión antes del plazo fijado, si concurren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justifican la decisión.

El cónyuge supérstite también puede oponerse a que la vivienda que ha sido residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante y que ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales, con sus muebles, sea incluida en la partición, mientras él sobreviva, excepto que pueda serle adjudicada en su lote. Los herederos sólo pueden pedir el cese de la indivisión si el cónyuge supérstite tiene bienes que le permiten procurarse otra vivienda suficiente para sus necesidades.

UNIÓN CONVIVENCIAL

Art. 527: Atribución de vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes

El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de 2(dos) años sobre el inmueble del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas.

Este derecho es inoponible a los acreedores del causante.

Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ella.

~~

Contratos – Parte Especial

El Nuevo Código y el boleto de compraventa

Por Jorge Oscar Rossi¹

El propósito de estas líneas es pasar revista al tratamiento de una serie de cuestiones relativas al boleto de compraventa, por parte del Código Civil y Comercial (CCC)

Por empezar, no hay un capítulo o sección dedicado exclusivamente a esta figura. Es cierto que la Sección 8° del Capítulo dedicado al contrato de compraventa se titula “Boleto de compraventa”. Sin embargo, veremos que los dos artículos que comprende dicha Sección lejos están de agotar la problemática que cotidianamente se ventila en nuestros tribunales.

Sin pretender agotar el tema, en este trabajo nos centraremos en tres puntos:

1) **La oponibilidad del boleto de compraventa** respecto de los restantes acreedores del vendedor.

2) La eventual **conurrencia de varios compradores de un mismo inmueble**, con el consiguiente interrogante de cuál de ellos tiene prioridad para adquirir el dominio.

3) **La “naturaleza jurídica” del boleto de compraventa**, frente a la regulación de los contratos de promesa por parte del CCC

De manera introductoria, nos permitimos señalar que, en los Fundamentos del Anteproyecto de CCC, se declara que *“(n)uestra doctrina, y especialmente la jurisprudencia, ha expresado en numerosas ocasiones la necesidad de tutelar los derechos de los adquirentes de inmuebles por instrumento privado (boleto de compraventa). Por eso estimamos que en este Anteproyecto no pueden faltar algunos textos referidos a ese tema. Se aclaran y resuelven numerosos temas que han sido muy discutidos”* (pag. 142 de los Fundamentos).

I. Oponibilidad del boleto de compraventa respecto de los restantes acreedores del vendedor

Al respecto, el régimen del CCC, consecuente con la reforma efectuada por la ley 17.711 y la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, **busca dar prioridad al comprador por boleto de compraventa, con buena fe y, especialmente, si tiene posesión otorgada por el vendedor**, frente a los demás acreedores de este.

¹ Abogado (U.B.A.) Profesor Titular de “Régimen Jurídico de los Consumidores y Usuarios”, Adjunto Regular de Contratos Civiles y Comerciales y Adjunto de Obligaciones Civiles y Comerciales en la Universidad Abierta Interamericana. Director de Capacitación a Distancia y docente de la Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Autor, entre otras publicaciones, de “Derecho de los Consumidores y Usuarios” (El Derecho del Consumidor y sus circunstancias: La “Sociedad de Consumo Individual”, la “Sociedad de Consumo Masificado” y la “Sociedad de Prosumo”), de Editorial CIJUSO, año 2014, “Responsabilidad Civil Médica”, Ediciones D&D, año 2011, “Responsabilidad Civil & Daños”, Ediciones D&D, segunda edición, año 2009, “Contratos, Paso a Paso”, Ediciones D&D, año 2008 y “Derecho del Consumidor”, Editorial Alveroni, año 2009, este último junto con el Dr. Luis R. Carranza Torres.

Concretamente, el tratamiento está dado en dos artículos, 1170 y 1171. Uno se refiere a la prioridad del comprador por boleto frente a las medidas cautelares intentadas por otros acreedores del vendedor, en procesos individuales; y el otro, a la oponibilidad del boleto en el concurso o quiebra del vendedor:

a) Adquirente por boleto versus medidas cautelares de otros acreedores del vendedor en procesos individuales

A continuación, transcribimos el art. 1170 del CCC. Entre paréntesis, formulamos breves comentarios.

*“ARTÍCULO 1170.- **Boleto de compraventa de inmuebles.** El derecho del **comprador de buena fe** tiene prioridad sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si:*

*a) el comprador **contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica** de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos; (estrictamente, se protege no solo al comprador por boleto sino, por ejemplo, al cesionario de un boleto)*

*b) el comprador **pagó el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) del precio con anterioridad a la traba de la cautelar;** (idéntico porcentaje que el exigido por el art. 1185 bis del Código derogado)*

*c) el boleto **tiene fecha cierta** ; (requisito exigido por buena parte de la actual jurisprudencia, para hacer lugar a una tercería de mejor derecho intentada por el comprador por boleto²)*

*d) la adquisición **tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria**”.*

Vale decir que la prioridad será para el comprador, de buena fe, cuyo boleto tenga fecha cierta, que abonó por lo menos el 25% del precio con anterioridad a la traba de la cautelar, y cuya adquisición goza de publicidad, sea porque el boleto está inscripto en algún registro (vgr, la inscripción prevista por el art. 4° de la ley 14.005 de compraventa de lotes a plazo) o porque ya tiene la posesión del inmueble.

b) Adquirente por boleto versus acreedores del concurso o quiebra

*ARTÍCULO 1171. - **Oponibilidad del boleto en el concurso o quiebra.** Los boletos de compraventa de inmuebles de fecha cierta otorgados a favor de adquirentes de buena fe son oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiera abonado el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) del precio. El juez debe disponer que se otorgue la respectiva escritura pública. El comprador puede cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador sea a plazo, debe constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio.*

² En el CCC, el concepto de fecha cierta se encuentra en el art. 317: "La eficacia probatoria de los instrumentos privados reconocidos se extiende a los terceros desde su fecha cierta. Adquieren fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después."

Compárese con el art. 1185 bis del Código derogado:

Art. 1.185 bis. Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiere abonado el veinticinco por ciento del precio. El Juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio.

Se advierten dos diferencias:

1) Se exige expresamente que el boleto tenga fecha cierta, como lo viene requiriendo buena parte de la actual jurisprudencia.

2) Expresamente se establece que en caso de que la prestación a cargo del comprador sea a plazo, debe constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio. Esta disposición no es novedosa, puesto que este requisito ya aparece en el actual art. 146 de la ley 24522, de Concursos y Quiebras.

II. Obligaciones de dar cosa cierta para constituir derechos reales: Concurrencia de varios acreedores

Puede ocurrir que el deudor, de manera separada e independiente, se obligue a constituir derechos reales a favor de varias personas sobre una misma cosa. Por ejemplo, le vende la misma cosa a dos personas: con una hace un boleto y le entrega la cosa y con otra celebra una escritura traslativa de dominio. O simplemente celebra varios contratos de compraventa sin entregarle a nadie la cosa vendida.

Más allá de las acciones penales por el supuesto delito cometido y de las acciones civiles por daños y perjuicios, el gran interrogante es cuál de los acreedores tiene prioridad a la hora de obtener el dominio de la cosa. El gran problema se plantea cuando todos los acreedores son de buena fe y a título oneroso

El Código Civil trataba el tema en forma incompleta en los arts. 592, 593, 594, 596, y 3269, distinguiendo entre cosas inmuebles y cosas muebles.

Respecto de los inmuebles, el CCC se ocupa del tema en un artículo y establece un régimen de prioridad:

ARTICULO 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.*

En otras palabras, en caso de concurrir varios acreedores de buena fe y a título oneroso, tiene prioridad:

1) El que tiene inscripción registral y tradición.

Si ninguno está en esta situación, prevalece

2) El que ha recibido la tradición; (es decir, este acreedor está en mejor situación que el que tiene inscripción registral y no tiene tradición a su favor).

Si ninguno está en esta situación, prevalece

3) El que tiene inscripción registral precedente (es decir, este acreedor está en mejor situación que el que no tiene ni inscripción registral ni tradición a su favor).

Si ninguno está en esta situación, prevalece

4) el que tiene título de fecha cierta anterior.

III. La “naturaleza jurídica” del boleto de compraventa, frente a la regulación de los contratos de promesa por parte del CCC

Introducción: Contratos Preliminares (¿contratos de promesa y preparatorios?)

Como sabemos, previo al contrato que pretendemos celebrar, pueden existir contratos anteriores que vinculen a las partes. Esos contratos, siguiendo la terminología de Mosset Iturraspe³, pueden ser **preliminares** o **preparatorios**.

A los efectos de este trabajo, nos limitaremos a analizar los contratos preliminares.

Contratos preliminares

Los preliminares son aquellos mediante los cuales **una de las partes o las dos se obligan** a celebrar con posterioridad otro contrato, que se llama “definitivo”.

Entre los contratos preliminares, se distinguen los contratos de promesa y los de opción. Nos ocuparemos de los primeros:

Contrato de promesa

Si **las dos** partes se obligan a celebrar con posterioridad otro contrato, ese contrato preliminar es conocido como contrato de promesa (también llamado antecontrato o precontrato). Nuestro Código Civil regulaba la cuestión en forma insuficiente:

*“Art. 1.185. Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmado por las partes **o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública.**”* (la negrita es nuestra)

El artículo transcrito es apenas la regulación de un aspecto del contrato de promesa.

Destacamos, de paso, que la doctrina ha venido discutiendo durante décadas si el boleto de compraventa de inmuebles es

³ Mosset Iturraspe, Jorge, Contratos, Editorial Ediar, 1984, pag. 115 y sgtes.

a) un contrato de promesa

b) un contrato de compraventa al que le falta el otorgamiento del instrumento público para perfeccionar sus efectos.

El CCC regula el tema de los contratos preliminares en los arts. 994 a 996:

ARTICULO 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 año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento.

ARTICULO 995.- Promesa de celebrar un contrato. Las partes pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro. El futuro contrato no puede ser de aquellos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad. Es aplicable el régimen de las obligaciones de hacer.

ARTICULO 996.- Contrato de opción. El contrato que contiene una opción de concluir un contrato definitivo, otorga al beneficiario el derecho irrevocable de aceptarlo. Puede ser gratuito u oneroso, y debe observar la forma exigida para el contrato definitivo. No es transmisible a un tercero, excepto que así se lo estipule.

Destacamos que el art. 994 prescribe que “El plazo de vigencia de las promesas previstas en esta Sección ***es de un año***, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento.”

Evidentemente, si consideráramos al boleto de compraventa de inmuebles un contrato de promesa, este plazo máximo supondría un grave inconveniente⁴.

Este inconveniente no existiría, en cambio, si lo consideramos **un contrato de compraventa al que le falta el otorgamiento del instrumento público para perfeccionar sus efectos**. En este último caso sería aplicable el art. 285 del CCC:

ARTICULO 285.- Forma impuesta. El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad.

Nos explicamos:

Forma y prueba de los contratos en el CCC

⁴ Nos parece totalmente desafortunada la redacción de los arts. 994 y 995 del CCC y, desde ya, nos pronunciamos por una reforma futura. También, respecto del art. 1018, en cuanto alude, innecesariamente, a un contrato “futuro”. Pero, dado que estos son los textos, en los párrafos que siguen proponemos una interpretación que haga prevalecer la finalidad de la ley, por sobre el texto literal, y que guarde coherencia con el ordenamiento jurídico (conf. art. 2 CCC)

Por empezar, el art. 1015 del CCC establece el principio de libertad de formas, al disponer que

ARTICULO 1015.- Libertad de formas. Sólo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada.

Aquí el legislador se refiere a la forma como *formalidad, solemnidad o requisito de un contrato determinado*. Este requisito puede exigirse para la eficacia o para la prueba del contrato.

En materia de forma **como *formalidad, solemnidad o requisito para la eficacia del contrato***, nos encontramos con dos situaciones distintas:

1) Aquellos contratos que requieren una forma impuesta por la ley, **bajo sanción de nulidad**.

En caso de no cumplirse con la forma impuesta, el acto no produce ningún efecto ⁵.

Se trata de ***actos formales ad solemnitatem absolutos***, como, por ejemplo, las donaciones de cosas inmuebles, las de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias, que por imperio del art. 1552 del NCCC deben ser hechas por instrumento público, "bajo pena de nulidad".

2) Aquellos contratos que requieren una forma impuesta por la ley, **como condición para producir sus efectos propios**.

En caso de no cumplirse con la forma impuesta, estos actos igualmente producen algunos efectos. En esos casos, el acto que fue hecho por una forma distinta a la exigida produce como efecto la acción judicial para reclamar el cumplimiento de la formalidad legal. Se trata de ***actos formales ad solemnitatem relativos***, (conf. arts. 285 y 1018 CCC⁶)

En el caso del llamado "boleto de compraventa", pensamos que estamos ante **un contrato de compraventa al que le falta el otorgamiento del instrumento público para perfeccionar sus efectos** (vgr. transmitir el dominio, conf. art. 1017 inc. a CCC). Es decir, no consideramos que se trate de un contrato de promesa y, por ende, no le resulta aplicable el régimen de los artículos 994 y 995.

En la práctica de los negocios inmobiliarios, cuando las partes firman el boleto, las mismas no se consideran "promitente vendedor" y "promitente comprador", sino "vendedor" y "comprador", respectivamente. No se les pasa por la cabeza que el día de la escrituración

⁵ En realidad, hablando de efectos, la nulidad del acto declarada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido, dando además lugar a las consecuencias de los hechos en general y a las reparaciones que correspondan (conf. arts. 390 y 391 CCC).

⁶ ARTICULO 285.- Forma impuesta. El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad.

ARTICULO 1018.- Otorgamiento pendiente del instrumento. El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea asegurado su cumplimiento.

haya que formar un nuevo consentimiento, sino que lo ven como un trámite (un trámite muy importante, pero trámite al fin).

Lo anterior no es un detalle anecdótico sino que tiene especial importancia porque revela la intención de las partes, las motivaciones que las llevaron a contratar, en definitiva, la causa fin (conf. art. 281, por remisión del art.1012 CCC).⁷

Además, es la interpretación que mejor se adecua a la intención común de las partes, al principio de buena fe, a la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente (conf. arts. 1061 y 1068 CCC).

Dicho de otra manera, la intención de realizar un mero contrato de promesa debe surgir en forma inequívoca: del texto y/o las circunstancias del contrato debe surgir que estas solo contrajeron la obligación de celebrar un contrato futuro (conf. art. 995 CCC). No sucede esto con el boleto de compraventa, por las razones antes apuntadas, por lo que consideramos que el otorgamiento de la escritura pública no importa la celebración del “contrato definitivo”, sino el cumplimiento de una de las obligaciones de hacer que emergen del contrato de compraventa, celebrado con anterioridad por instrumento privado, bajo la denominación de “boleto de compraventa”.

~ ~

⁷ Por su elocuencia, no podemos resistirnos a transcribir una parte del voto del Dr. Funes, en el célebre fallo “Cazes de Francino, Amalia c. Rodríguez Conde, Manuel”, (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal, en Pleno, 03/10/51):

*“Cuando se **contrata por instrumento privado** -- cuyas formas se han cumplido, libro 2º, parte 2ª, sec. 2ª, tít. V, del cód. civil-- **la venta de un inmueble, se compra y se vende, según la intención que las partes ponen en la celebración del acto.** El vendedor se obliga a entregar el dominio del bien, mediante las prestaciones que a tal efecto ha de cumplir: la instrumental, con la escritura pública (art. 1184, inc. 1º, cód. civil) y la material, por la tradición (arts. 577 y 3265, cód. cit.). **Tal es la opinión común y determinación de los intervinientes,** que en cada caso se evidencia en las transacciones que se realizan mediante los llamados boletos de compraventa; cuya redacción como acto previo, imperfecto, se explica por las indagaciones, recaudos, a más de las obligaciones fiscales a cumplir que exige la escritura pública e impiden su inmediata formalización.*

***El fin perseguido, está siempre dentro de una sola y única voluntad jurídica,** definitivamente establecida por el “consensus”. **Nadie que no sea un erudito en historia del derecho, piensa o pensó, al convenir por escritura privada la venta, que simplemente prometía contratar formalmente “a posteriori”, dividiendo o escindiendo, por la operación mental implícita, el consentimiento en dos estadios: unos el de la concertación de los elementos esenciales del contrato de venta, otro, independiente del primero y a realizarse potestativamente, al elevar el acto a la forma exigida por la ley para su plena eficacia.** Cuando las partes quieren arrepentirse o bien subordinar a un acontecimiento la existencia de la venta, la ley les reconoce los medios jurídicos para alcanzar esos efectos (arts. 1202 y 553, cód. civil).” (la negrita y el subrayado es nuestro)*

Derecho Internacional Privado

La recepción de la *lex mercatoria* en el derecho argentino

Por Eloísa B. Raya de Vera¹

RESUMEN: *la presente ponencia versa sobre la recepción de la Lex Mercatoria en el derecho argentino. En tal sentido se considerarán no sólo las disposiciones previstas en la fuente interna argentina sino también en la fuente convencional y en particular, en lo dispuesto en los Tratados Bilaterales de Inversión ratificados por la República Argentina, con especial referencia a la interpretación que efectuaron los árbitros en algunos laudos emitidos en el ámbito del Centro Internacional de Arreglo sobre Diferencias en materia de Inversiones (CIADI).*

Se arribará a la conclusión de que la Argentina es un país receptivo de la Lex Mercatoria en su derecho interno (tanto de fuente interna como convencional) y de un modo bastante amplio. Dicha recepción, a criterio de la autora, resulta inconveniente a los intereses de la República Argentina y son una acabada manifestación de que las políticas neoliberales continúan tan vigentes como en la década del 90.

Introducción

Se llama *Lex Mercatoria* a los usos, costumbres, prácticas y principios generados por el comercio internacional, en la medida que constituyen una normatividad producida de una manera descentralizada por grupos u órganos internacionales no necesariamente gubernamentales y que han sido adoptados por los operadores del comercio internacional para hacer regir sus relaciones jurídicas².

En general, existen dos nociones básicas de la *Lex Mercatoria*: a) la acepción tradicional que la define como el conjunto de usos que regulan exclusivamente algunos aspectos de la contratación internacional; y b) la acepción moderna que considera a estos usos como un verdadero ordenamiento jurídico³.

La primera noción considera que la *Lex Mercatoria* es un ordenamiento marginal al derecho estatal y al cual podría recurrirse por defecto del derecho nacional y sólo para incorporarse como parte de ciertas cláusulas del contrato. La segunda noción, en cambio, considera que la *Lex Mercatoria* es un verdadero ordenamiento jurídico independiente y autónomo de los derechos estatales que compite en su aplicación con los derechos nacionales socavándolos.

¹ Profesora Titular Concursada de Derecho Internacional Privado y de la Integración (Universidad de Morón) y Profesora Asociada de Derecho de la Integración (Universidad Abierta Interamericana). La presente ponencia fue presentada en la Comisión nro. 9, Derecho Internacional Privado, de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil que tuvieron lugar los días 1, 2 y 3 de Octubre de 2015 en Bahía Blanca.

² PÉREZNIETO CASTRO, Leonel, *Introducción a la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales*, Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, 1994, pág. 765.

³ CALVO CARAVACA Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ Javier, *Derecho Internacional Privado*, Volúmen II, Sexta Edición, Granada, 2005.

Esta segunda noción, se ha revitalizado con prácticas neoliberales, dando lugar a lo que se conoce como *Nueva Lex Mercatoria*.

Caracteriza a la *Nueva Lex Mercatoria* el que no necesita del auxilio de los derechos estatales, que se auto-sustenta y que es fuente directa del derecho.

Es de destacar que la *Nueva Lex Mercatoria* se generó a instancias de las Empresas Multinacionales (*Big corporations*) cuya intención era crear un marco regulador de los contratos comerciales internacionales al margen de las disposiciones de los parlamentos nacionales⁴.

La *Nueva Lex Mercatoria* se presenta como un conglomerado complejo de elementos: A) Está compuesta por principios generales del derecho del comercio internacional⁵. Estos principios serían los comprendidos en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁶. B) Asimismo estaría conformada por los principios UNIDROIT sobre Derecho Comercial Internacional y los usos del comercio internacional para complementar los anteriores⁷. Y C) Se compone también por las reglas consagradas por la práctica arbitral internacional (*stare decisis*)⁸.

Debe mencionarse que la noción como ordenamiento jurídico de la *Lex Mercatoria* ha sido rechazada, en general, por el derecho continental. Ciertamente, la *Nueva Lex Mercatoria* es un compendio de reglas fragmentarias que rigen exclusivamente determinados aspectos de ciertos contratos internacionales y en particular, la venta internacional. Asimismo, carece de un verdadero y eficaz sistema sancionador⁹.

Estas razones han llevado a atribuirle valor jurídico en el marco del derecho estatal dentro del campo de la autonomía de la voluntad conflictual y en la medida en que las normas del Derecho Internacional Privado lo admitan¹⁰.

⁴ CALVO CARAVACA Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ Javier, op. cit. 3

⁵ SANTOS BELANDRO, Rubén, *Derecho Comercial Internacional*, Asociación de Escribanos del Uruguay, primera edición, Mayo de 2008.

⁶ GOLDMAN, Berthold, *Frontières du droit et lex mercatoria*, APD, 1964, p. 177

⁷ FOUCHARD, Philippe, *Les usages, l'arbitre et le juge*, en Goldman B., *Le droit des relations économiques internationales*, 1982.

⁸ CALVO-CARAVACA Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ Javier, *Contrato internacional, nueva Lex Mercatoria y Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 2003.

⁹ MARRELLA F., *La nuova Lex Mercatoria*, Cedam, Padova, 2003.

¹⁰ Está claro que en el ámbito del arbitraje comercial internacional y en el campo de la autonomía de la voluntad material su recepción es amplia.

Sin embargo, la tendencia del Derecho del Comercio Internacional y del Derecho Internacional Privado estatal es a ampliar la zona de aplicación de la *Lex Mercatoria* y a otorgarle el valor de ordenamiento jurídico independiente y en directa competencia con los derechos nacionales.

Veamos ahora el caso argentino. Analizaremos en primer lugar la fuente convencional (la Convención de Viena de 1980, la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994 y una breve referencia al Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales), luego desmenuzaremos las disposiciones del Nuevo Código Civil y Comercial para finalizar con las disposiciones de los Tratados Bilaterales de Inversión ratificados por la República Argentina como caso especial de recepción de la *Lex Mercatoria*.

Disposiciones de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías¹¹

La Convención de Viena de 1980 recepta la *Lex Mercatoria* con una función integradora e interpretativa. Así dispone en su art. 7 inc. 2: “...Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimen de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado”

Por principios generales en los que se basa la presente Convención se han considerado los principios UNIDROIT. A pesar de atribuirle en apariencia una función indirecta a la *Lex Mercatoria*, lo cierto es que puede adquirir un rol primordial frente a aspectos no regulados por la Convención de Viena de 1980 –como la responsabilidad precontractual¹².

Asimismo, la Convención de Viena de 1980 recepta a la *Lex Mercatoria* en su art. 9¹³ para la autonomía de la voluntad material expresa y tácita.

Estas disposiciones colocarían a este tratado dentro de la posición amplia de *Lex Mercatoria*, especialmente por lo establecido en su art. 7, ya que es posible completar la Convención a través de estos principios supraestatales. Ciertamente, existiendo un aspecto no

¹¹ Ratificada por la República Argentina por Ley 22.765

¹² CRUCELAEGUI Javier San Juan, *Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Convención de Viena de 1980 y otros textos complementarios, Thomson Civitas, Navarra, 2005

¹³ Art. 9 de la Convención de Viena de 1980: “1. Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2. Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”.

regulado por la Convención se prevé la aplicación exclusiva de la *Lex Mercatoria* con independencia de los derechos estatales.

Disposiciones de la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales¹⁴

La Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (México 1994) incorporó a la *Lex Mercatoria* en su texto como fuente de aplicación a los contratos en su art. 10¹⁵ y como fuente de interpretación en el art. 9¹⁶.

Resultan interesantes, por su alcance amplio, las disposiciones del art. 10, ya que permitiría, con la finalidad de alcanzar la justicia y equidad en la solución del caso concreto, recurrir a la aplicación de las costumbres y los principios del derecho comercial internacional como una especie de orden jurídico autónomo y hasta exclusivo de la aplicación de los ordenamientos estatales¹⁷.

A modo de ilustración, por contrario, se puede mencionar que esta tendencia amplia de *Lex Mercatoria* no fue seguida por el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (vigente en el ámbito integrado europeo), ya que en su art. 3.1 remite a la ley elegida por las partes y en el art. 4.1 a la ley del país con el cual el contrato tuviere los lazos más estrechos. En el espíritu de la Convención se descarta la elección conflictual de la *Lex Mercatoria*¹⁸.

Es decir, el Convenio de Roma no admite el contrato sin ley, ni someterlo exclusivamente a ordenamientos no estatales como la *Lex Mercatoria*¹⁹.

Disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina

¹⁴ Si bien no ha sido ratificada por la República Argentina marca una tendencia en materia de derecho del comercio internacional.

¹⁵ Art. 10: "Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda las normas, costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto".

¹⁶ Art. 9: "...El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales".

¹⁷ FERNANDEZ ARROYO Diego, *La Convention Interamericaine sur la loi applicable aux contrats internationaux: certains chemins conduisent au-delà de Rome*, Revue Critique, 1995.

¹⁸ SANTOS BELANDRO Rubén, *El derecho aplicable a los contratos internacionales, con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología*, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, Mayo de 1998.

¹⁹ CALVO CARAVACA Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ Javier, op. cit. 3

El nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina establece en su art. 2651 inc. d que “los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato”.

La República Argentina, con la incorporación de la *Lex Mercatoria* como fuente en materia contractual según disposiciones de su derecho interno efectuó un cambio copernicano, ya que el Código Civil de Vélez sólo admitía la autonomía de la voluntad total con la remisión subsidiaria a la ley del lugar de cumplimiento, es decir, los contratantes podían elegir libremente pero dentro del abanico de la ley estatal.

Sin embargo, el nuevo Código Civil y Comercial va a incorporar a la *Lex Mercatoria* como fuente para la autonomía de la voluntad material.

Con el inc. d del art. 2651 pareciera que el nuevo ordenamiento argentino adopta una posición intermedia entre la Convención Interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales y la Convención de Viena de 1980 (que admiten la aplicación exclusiva de la *Lex Mercatoria* en algunos supuestos) y el viejo Código Civil (que no admitía la aplicación de la *Lex Mercatoria* ni siquiera del modo concurrente), ya que permitiría recurrir a la *Lex Mercatoria* cuando se hace uso de la autonomía de la voluntad material (descartándose la posibilidad de utilizarla en el ámbito de la autonomía de la voluntad conflictual)²⁰.

Sin embargo, de la ambigua redacción del art. 2651 inc. d sería factible desprender que la aplicación de la *Lex Mercatoria* podría extenderse también a la autonomía de la voluntad conflictual y a su aplicación exclusiva como fuente.

Dado que el inc. d expresa “...resultan aplicables –los usos y costumbres del comercio internacional- cuando las partes los han incorporado al contrato...” es posible inferir que una cláusula conflictual explícita que remita a la *Lex Mercatoria* pueda ser considerada como una incorporación según los términos establecidos en el inciso referenciado.

Asimismo, el art. 2652 dispone que en defecto de elección del derecho aplicable al contrato, éste se regirá por las leyes y *usos* del país del lugar de cumplimiento. Es decir, el propio Código admite la aplicación subsidiaria de los usos comerciales.

El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se ubicaría así entre las regulaciones que más amplían el campo de aplicación de la *Lex Mercatoria*, cercenando al *Estado de* funciones que le son propias: regular y juzgar²¹.

²⁰ Esta es la opinión de IUD Carolina en su Relato presentado en el XXVII Congreso Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional realizado el 27, 28 y 29 de Agosto de 2015 en Puerto Madryn.

²¹ BIOCCA Stella Maris, *Observaciones al Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Análisis del Libro VI, Título IV del nuevo Código en Verba Iustitiae, Anuario de Extensión de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Morón, Año XII, nro. 22, Diciembre de 2012.

Disposiciones de los Tratados Bilaterales de Inversión

La República Argentina, a fines de los 80 y por aplicación directa de políticas neoliberales, ratificó más de cincuenta Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) además de ratificar el Convenio de Washington de 1965 sobre arbitraje en materia de inversiones. Esta fuente convencional también contiene referencias a la *Lex Mercatoria* que no pueden dejar de mencionarse:

A) Convenio de Washington de 1965: el art. 42.1 del Convenio (CW) establece que “el Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables...”.

Del análisis del mismo se desprende que la primera regla consagrada en dicho texto es la autonomía de la voluntad de las partes. La materialización de esta regla es un resultado lógico en el ámbito del comercio internacional, ya que la misma permite la realización de los intereses materiales de las partes²².

Sin embargo, dicho artículo es bastante ambiguo en su redacción, pues no pareciera aclarar el tipo de autonomía que se consagra (si expresa o tácita, total, parcial o temporal).

A pesar de ello, podría afirmarse que el concepto de autonomía de la voluntad que materializa es amplio. En efecto, si reparamos en el término “normas de derecho” la elección de las partes podría recaer en derecho no estatal²³ como la *Lex Mercatoria*, lo que hace suponer de una amplitud en la elección de fuentes que no todas las convenciones utilizan.

Parte de la doctrina considera que la expresión “normas de derecho” permitiría recurrir también a normas no vinculantes o códigos de conducta²⁴.

De no existir acuerdo real sobre el derecho aplicable²⁵, el Tribunal arbitral aplicará a la controversia el derecho del Estado receptor de la inversión, incluyendo sus normas indirectas de fuente convencional e interna.

²² MAYER, Pierre et HEUZE, Vincent, *Droit International Privé*, 8eme Edition, Montchrestien, , Paris, 2004.

²³ SANTOS BELANDRO, Rubén, *op. cit.* 18

²⁴ FONTOURA COSTA, José Augusto, *Direito Internacional do Investimento estrangeiro*, Jurua Editora, Curitiba, 2010.

²⁵ Aunque SCHREUER, Christoph, *The ICSID Convention: a commentary*, Cambridge, University Press, 2001, p. 573 expresa que parecería razonable sostener que el art. 42 del CW permitiría valerse de la voluntad presunta de las partes o del centro de gravedad de la relación jurídica.

Ciertamente, el art. 42 del CW incluye la posibilidad del reenvío, institución que amplía notablemente las fuentes a ser utilizadas por el Tribunal ad hoc, incluyendo el derecho transnacional.

Por lo tanto, la utilización del derecho estatal no excluye la aplicación del soft law cuando sus normas autoricen su aplicación²⁶.

El art. 42 del CW finaliza expresando que en forma complementaria se aplicarán *aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables*.

Este último párrafo permite efectuar ciertas aclaraciones. En primer lugar, las normas de derecho internacional no actuarían de modo subsidiario o alternativo a las fuentes mencionadas precedentemente, sino que lo harían de modo complementario²⁷. En efecto, el derecho internacional tendría un efecto correctivo y suplementario, frente a posibles lagunas del derecho interno o como límite a la aplicación del derecho local contrario a normas de jus cogens²⁸.

En segundo lugar, la expresión “normas de derecho internacional” incluye a todas las fuentes del derecho internacional –según el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia- e incluso a otras fuentes no enumeradas como las Resoluciones de Naciones Unidas²⁹, la *Lex Mercatoria* y el derecho internacional del desarrollo³⁰.

En suma, el CW admite en cualquiera de las variantes consagradas en el art. 42, recurrir al soft law para dirimir controversias sobre inversiones extranjeras.

B) El modelo europeo y norteamericano de TBI: para ilustrar el modelo europeo sobre el derecho aplicable a las controversias entre una parte e inversores de la otra parte, tomaremos el TBI entre el Reino de España y la República Argentina.

El art. 10 párrafo 5 dispone: “*el Tribunal Arbitral decidirá sobre la base del presente tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y de los principios generales del Derecho Internacional...*”.

²⁶ Este es el caso del Código de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay que en su art. 51 establece que “se aplicarán cuando corresponda, los usos y principios del derecho contractual internacional de general aceptación o recogidos por organismos internacionales de los que Uruguay forme parte.”

²⁷ FONTOURA COSTA, José Augusto, op. cit. 24

²⁸ SCHREUER, Christoph, *The ICSID Convention: a commentary*, Cambridge, University Press, 2001, p. 573

²⁹ GRANATO, Leonardo, *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*, Edumed, Buenos Aires.

³⁰ REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ta edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007.

Es loable aclarar que la introducción de los TBIs en el universo jurídico de la inversión extranjera directa, generó un cambio en las fuentes aplicables a una controversia, respondiendo al principio de la especialidad.

Ciertamente, frente al derecho internacional general los principios de *lex specialis* y *lex posterior* determinan la aplicación prioritaria de los TBIs³¹.

Por ello, el art. 10 párrafo 5 establece que en primer lugar, para solucionar el diferendo deberán tomarse las disposiciones contenidas en el propio TBI.

Entendemos que de modo complementario, el art. 10 permitiría recurrir a otros TBIs, ello en virtud de la Cláusula de la Nación más Favorecida (CNMF) -que muchos de ellos contienen- y que generaría cierta uniformidad del sistema.

Asimismo, de modo concurrente y con finalidad interpretativa, podría recurrirse al derecho interno del estado receptor de la inversión, incluyendo sus normas de conflicto y a los principios generales del Derecho Internacional.

Sin embargo, la aplicación del derecho interno pierde relevancia –en virtud del principio de jerarquía- y de conformidad con lo establecido por el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Para el supuesto de aclarar o interpretar algún término del TBI y estando en colisión el derecho interno y el derecho internacional, prevalecerá el derecho internacional³².

La pérdida de importancia también se aplica al soft law debido a la especialidad de las normas contenidas en los TBIs.

Esto ha llevado a ciertos autores a afirmar que el estudio de la aplicación complementaria del derecho interno y de los principios generales del derecho internacional derivada de los TBIs ha perdido relevancia³³. Sin embargo, existe la posibilidad de aplicar los principios generales del derecho internacional –entre los que puede encontrarse la *Lex Mercatoria*.

³¹ RAYA DE VERA, Eloísa, *La interacción de ciertos principios generales del derecho internacional con el régimen jurídico latinoamericano de las inversiones extranjeras*, Anuario Argentino de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, nro. XVII, Año 2008, Córdoba.

³² SCHREUER, Christoph, op. cit. 28

³³ FONTOURA COSTA, José Augusto, op. cit. 24

En cuanto al Tratado Bilateral de Inversión firmado entre la Argentina y los Estados Unidos de América, si bien no contiene una regla específica sobre el derecho aplicable a las controversias entre el inversor y el Estado receptor, en el art. VIII establece que cualquier diferendo por la interpretación o aplicación del TBI se solucionará tomando en cuenta las normas aplicables del derecho internacional.

Al referirse a “las normas aplicables del derecho internacional” incluye a todas sus fuentes.

Por lo tanto, es posible recurrir a la *Lex Mercatoria* para interpretar algún término de un TBI, siempre que su aclaración no surgiere de algún otro tratado sobre inversión.

C) Aplicación de la lex mercatoria en los laudos arbitrales: en virtud de lo analizado ut Infra puede afirmarse que en la práctica arbitral sobre inversiones es posible recurrir a la *Lex Mercatoria* –a través de la autonomía de la voluntad o como principio general del derecho internacional o cuando el propio derecho interno permite su aplicación- por habilitación de los convenios.

Por ejemplo, en el asunto “Société Compagnie Valenciana de Cements Portland c. Société Primary Coal Inc”³⁴ el tribunal arbitral resolvió la controversia en torno a un contrato de suministro de carbón aplicando reglas comerciales internacionalmente reconocidas³⁵, decisión que fue ratificada por el Tribunal de apelación de París³⁶.

En el caso “The Islamic Republic of Iran vs. The United States of America”³⁷ el Tribunal de La Haya ha acudido reiteradamente a principios jurídicos internacionalmente aceptados para resolver controversias entre nacionales estadounidenses y el Estado iraní o empresas estatales iraníes³⁸.

Antes de la vigencia de los TBIs los tribunales arbitrales del CIADI recurrían –aunque no habitualmente- a la *Lex Mercatoria* y a la equidad sin considerar las normas positivas. Este es el supuesto de los casos “Benvenuti e Bonfant vs. Congo” (CIADI, ARB/77/2) y “Atlantic Triton vs. Guiné” (CIADI, ARB/84/1).

³⁴ Resuelto por la Cour de Cassation el 22 de Octubre de 1991, *Revue de l'arbitrage*, 1992, p. 457.

³⁵ HERDEGEN Matthias, *Derecho Económico Internacional*, Thomson Civitas, Navarra, 2003.

³⁶ La expresión más relevante del tribunal fue: “*l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudentes nationales*”.

³⁷ Iran-US CTR 1988-II, *Revue de l'arbitrage*, vol 19

³⁸ HERDEGEN Matthias, op. cit. 35

Con la proliferación de los TBIs, el derecho internacional especial y general adquirió un papel primordial con relación al derecho nacional. Esta preeminencia fue receptada en diversos laudos del CIADI. Aunque no en toda la doctrina³⁹.

Por ejemplo, en el caso “Compañía de Aguas del Aconquija SA Vivendi Universal SA c. República Argentina), CIADI ARB/97/3, decisión sobre anulación del 3 de julio de 2002, el tribunal sostuvo que: “...respecto de una reclamación basada sobre las disposiciones sustantivas de dicho TBI...el examen que el tribunal del CIADI está obligado a efectuar es uno regido por el Convenio CIADI, por el TBI y por el derecho internacional. Dicho examen no se determina en principio, ni se precluye, por una cuestión de derecho interno, incluyendo cualquier acuerdo de las partes bajo el derecho interno...”.

Cabría preguntarse ahora ¿qué grado de reconocimiento poseen los usos y costumbres comerciales internacionales en el sistema arbitral de inversiones?

En general, la comunidad arbitral suele recurrir a los principios generales del derecho internacional para complementar las decisiones de un tratado⁴⁰.

Esta posición encuentra sustento, por ejemplo, en el caso “Asian Agricultural Products Ltd c. República de Sri Lanka”, CIADI ARB/87/3 en el que el tribunal arbitral sostuvo que el TBI –la fuente más importante de derecho aplicable- no era un cuerpo jurídico cerrado sino que debía analizarse en el contexto jurídico más amplio del derecho internacional⁴¹.

Es loable mencionar que la doctrina no es del todo pacífica al respecto, ya que están quienes exigen, para la aplicación del derecho internacional –incluyendo los usos y costumbres mercantiles- que las partes lo hubieren acordado expresamente o que las leyes locales expresamente lo autoricen⁴².

Conclusiones

Del breve análisis efectuado, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

a) La República Argentina ha receptado a la *Lex Mercatoria* como fuente tanto en el ámbito interno (Nuevo Código Civil y Comercial) como en el convencional

³⁹ BARRAGUIRRE, Jorge, *Los tratados bilaterales de inversión (TBIs) y el Convenio CIADI ¿La evaporación del derecho administrativo doméstico?*, Revista Res Pública Argentina, nro. 3, Buenos Aires, 2007.

⁴⁰ PARRA, Antonio, *Applicable Substantive Law in ICSID Arbitrations Initiated Under Investment Treaties*, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, nro. 16, 2001.

⁴¹ REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, op. cit. 30.

⁴² REISMAN Michael, *The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of Its Threshold*, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, nro. 15, 2000.

b) La posición adoptada por las fuentes convencionales (Convención de Viena de 1980 y CIDIP V sobre derecho aplicable a los contratos internacionales) es amplia, es decir, acepta la aplicación de la *Lex Mercatoria* de modo exclusivo.

c) La posición adoptada por la fuente interna también es amplia, ya que se entiende que si las partes efectúan una elección expresa de la *Lex Mercatoria* podría considerarse como incorporada al contrato y por lo tanto cumplir con la exigencia establecida en el art. 2651 inc. d.

d) La posición adoptada por el Convenio de Washington de 1965 y de los TBIs también es amplia ya que permite remitirse a los principios del derecho internacional y entre ellos a la *Lex Mercatoria* sin necesidad de recurrir por habilitación del derecho estatal.

e) De este modo, el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se enrola en el movimiento privatizador, que le quita poder decisorio al Estado.

f) Se rechaza la doctrina de la *Nueva Lex Mercatoria* por ser contraria a intereses fundamentales del Estado.

g) Con esta crítica no se pretende suprimir la autonomía de la voluntad ni la exclusión de la *Lex Mercatoria* en el derecho del comercio internacional, sino que se propone una utilización limitada y por expresa habilitación del derecho estatal.

~~