

RESÚMENES DE PONENCIAS

ENCUENTRO DE DERECHO CIVIL URUGUAYO 2022

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL - SALAS II - III

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA



**FACULTAD DE
DERECHO**



**UNIVERSIDAD
DE LA REPÚBLICA
URUGUAY**

Repensando algunas garantías – El Escrow

Marcelo Amorín

Tema: El escrow originario del sistema angloamericano, históricamente fue utilizado allí, para transacciones inmobiliarias; se entregaba la escritura a un tercero y este la retenía hasta que se abonaba el precio, o incluso se le entregaba parte del precio para que tercero extinguiera obligaciones, cargas que afectaban al bien. Implica la existencia de un contrato previo y una entrega condicionada, a una persona extraña al negocio al que accede, irrevocable, pues si queda al arbitrio del que entregó se frustra la finalidad.

Problema a abordar: La tipicidad de configuración y regulación. Tiene una función de aseguramiento, también de facilitar el acceso a determinados bienes o información, para concretar la ejecución de las consecuencias derivadas del incumplimiento, remediarlo y facilitar la resolución de conflictos, en particular en contratos a distancia por plataformas. Esta figura se utiliza en el sector inmobiliario, en el sector tecnológico, en las sociedades, en el crowdfunding o en contratos a distancia por plataformas. Asimismo en materia tecnológica la entrega material en medios magnéticos se ha sustituido por el control, es relevante el escrow en los Smart Contracts, cabe preguntarse cuál es la función del agente escrow en ese caso y si puede sustituirse por una máquina. En nuestra práctica jurídica se nomina esta figura indicándose que “el depositario deberá... si se da x y si se da xx deberá”.

El problema central es la tipificación de este contrato, si es posible subsumirlo en el contrato de depósito, en este con una estipulación para otro, o el secuestro convencional, en el contrato de mandato, de arrendamiento de servicios, o para los casos de compraventa como negocio principal, si puede subsumirse en un elemento accidental, condición suspensiva.

Respuesta sugerida: Se propone caracterizarlo como contrato socialmente típico que no puede subsumirse en ningún tipo codificado y que merece una tipicidad por combinación, excluyendo las normas que obstaculicen la consecución de la finalidad del contrato de escrow, caracterizado porque el que recibe debe ser una persona extraña a los otorgantes del contrato previo y la entrega es irrevocable hasta que se produzca el evento previsto que determinará como proceder con el bien recibido.

Argumentos centrales: Se distancia del depósito porque la finalidad no es guardar y restituir y el acreedor no es solo el que entrega. Si se configura como una estipulación para otro la consecuencia no querida es la inversa, el tercero pasa a ser el acreedor, pero la cosa podría volver al que la entregó según ocurra una cosa u otra. Respecto al secuestro convencional, éste supone un conflicto de intereses a resolver. El depósito en interés de un tercero no está regulado en nuestro sistema jurídico. El depositario en el escrow tiene otras funciones más allá de conservar la cosa. Respecto al mandato presenta el problema de la irrevocabilidad, asaz debatido, de la forma en que concluye y de la obligación de custodia del mandatario sólo prevista en art. 331 del Código de Comercio para el Comisionista. En materia informática se ha planteado para el escrow del código fuente subsumirlo en una compraventa con condición suspensiva, confundiendo la relación de base con el escrow, que supone la intervención de un tercero. Subsumirlo en un contrato de arrendamiento de servicios poco aporta a la regulación, salvo la onerosidad si se dedicaba profesionalmente a ello el agente escrow. Tipificado de esta forma, analizaremos los roles de cada protagonista, dador inicial, agente escrow y beneficiario, los posibles efectos solutorios de la primer entrega y las consecuencias de falta de pago de honorarios al agente escrow.

Propuesta irrevocable y opciones

Agustín Texo

Tema: Desde hace décadas, el empleo de propuestas irrevocables y de opciones (como las *puts* y *calls*) ha sido moneda corriente en la contratación civil, comercial y financiera. Si bien en nuestro derecho positivo se reconoce el instituto de la propuesta irrevocable (Art. 1265 del Código Civil), la opción constituye una figura de trasplante legal (tanto las que emergen de la autonomía privada, como la contenida en leyes especiales, p.ej., las de leasing financiero o crédito de uso y la de leasing operativo; respectivamente, Ley 16.072 y Arts. 636 y 637 Ley 17.296). La opción, en principio, implica una propuesta irrevocable. Todo, sin perjuicio de la incorporación al país de negocios y pactos que no siempre han tenido un mismo significado o alcance en otros sistemas (p.ej. oferta irrevocable, contrato preliminar, acuerdo de negociar de buena fe, entre otros).

Problema a abordar: En tanto la opción, en general, puede constituir una oferta irrevocable, el problema a analizar se centra en entender qué implica la irrevocabilidad de tal oferta, sea en su forma unilateral o bilateral. Hasta el momento, se han sostenido dos grandes tesis, tanto en derecho comparado como en derecho interno: la tesis de que la irrevocabilidad supone una obligación de no hacer asumida por el oferente (Ordoqui) y la tesis de la renuncia a la facultad de revocar (Gamarra, de Cores, Berdaguer, entre otros). La discusión, ciertamente, parece no ser baladí, en tanto sus consecuencias prácticas presentan grandes diferencias. Por tanto, y en caso de dudas, ¿cómo debemos interpretar esa irrevocabilidad? ¿Cómo obligación o como renuncia?

Respuesta sugerida: En principio, y por no estar ante un caso donde el orden público se podría ver comprometido, los particulares son libres de regular la propuesta irrevocable y las opciones del modo estimen más conveniente (esto es, como negocio obligacional o como dispositivo en sentido estricto y extintivo). En aquellos casos en que surjan dudas acerca de lo declarado o pactado, considero plausible el planteo de la tesis obligacional.

Argumentos centrales: Cuando la propuesta irrevocable o la opción se producen en el marco de un negocio (al menos formalmente) bilateral, no se visualizan obstáculos para sostener la tesis de la obligación. En cambio, estando ante una declaración unilateral del proponente (puramente unilateral o aun inserta en un contrato), entiendo posible también sustentar la tesis obligacional. Ello, por cuanto lo dispuesto en el Art. 1265 (“al hacerla se hubiere *comprometido*”; giro presente -entre otros- en el Art. 1341 para imponer al deudor incumplidor el deber de indemnizar daños) podría implicar una excepción a la regla del Art. 1246 en cuanto a la fuente de la obligación. Partiendo de que resultaría válido un negocio unilateral de ese estilo, y cuando la interpretación del negocio ofrezca dudas acerca de su naturaleza, la regla del *favor debitoris* (Art. 1304 inc. 1) podría auxiliar en la resolución del punto, siendo menos gravosa para el sujeto pasivo la obligación en comparación con la renuncia a la facultad de revocar. Podrían militar, a su vez, otras razones para propugnar esta tesis, como la existencia de sujetos determinados (quien emite la propuesta y su destinatario), la confianza generada en el receptor o la posibilidad de revocar la propuesta en caso de “aceptación tardía” cuando es emitida sin plazo (Art. 1266 inc. 1).

Características del Contrato “llave en mano” modalidad EPC y su análisis bajo derecho uruguayo.

Cecilia Orlando y Santiago Theoduloz

Tema: Análisis del contrato “llave en mano”, modalidad EPC (sigla “Engineering, Procurement and Construction” que significa “Ingeniería, Compras y Construcción” en el ámbito de la construcción) bajo derecho uruguayo. Como obligaciones principales, señalamos que el contratista asume la obligación principal de realizar la construcción de la obra, su diseño, suministrar los materiales y equipos para la construcción requeridos para el proyecto, desarrollar la ingeniería del proyecto y entrega la obra “lista para su uso” (en condiciones de funcionar). El comitente tiene una participación mínima a tal punto que se entiende que el contrato modalidad EPC revolucionó la industria de la construcción al implicar para el comitente una pérdida de control sobre el proyecto y reducción de funciones y riesgos, asumiendo el contratista una mayor responsabilidad. Se favorece el financiamiento de la obra con el uso de un EPC ya que se conoce el costo final del proyecto (que suele ser un precio alzado) y los tiempos de ejecución. Ha aumentado la utilización de contratos modelos, usos de condiciones generales, guías y otras reglas uniformes para estos contratos llaves en mano, elaborados por asociaciones de profesionales, organizaciones internacionales y operadores de distintos países (que facilitan la obtención de financiamiento) como FIDIC, ENAA (sumado al recurso usual al arbitraje internacional), lo cual ha llevado a su estandarización. Problema a abordar: Determinar si el Contrato “EPC” es un contrato nominado o innominado, si puede clasificarse como un contrato de arrendamiento de obra, obligaciones principales asumidas por las partes y su naturaleza.

Respuesta: El Contrato EPC no se encuentra regulado específicamente en el derecho uruguayo. Puede asimilarse no obstante al contrato de arrendamiento de obra. Es un contrato único que comprende todas las actividades comprendidas en la ejecución de una obra y el contratista se obliga a que la obra, una vez terminada, debe funcionar de acuerdo a lo pactado. El recurso de modelos, condiciones y guías se consideran parte de los usos y costumbres aplicados por los operadores jurídicos lo cual tiene consecuencias jurídicas.

Argumentos centrales: Las partes en el EPC buscan en un contrato único regular una operación económica compleja. Del análisis empírico del contrato que se ha ido forjando en el comercio internacional, surge que las obligaciones principales que se pactan en el EPC son de resultado, elemento que se determina del conjunto de circunstancias y de las formas en que se puede exonerar de responsabilidad el contratista. Se pueden además calificar de resultado porque en términos generales está ausente la aleatoriedad en la obtención del resultado comprometido en cada obligación referida y que el comitente no ejerce casi control sobre el contratista.

La cláusula de declaraciones y garantías (*representations and warranties*) en el Derecho contractual uruguayo

Gerardo Caffera y Elías Mantero

Tema: En Uruguay, a través de la práctica profesional, ha operado un trasplante jurídico de algunas instituciones con base en el *common law*. Entre esas ideas, la de *declaraciones y garantías*, llamadas en inglés, *representations and warranties* o coloquialmente “*reps*” ocupa un lugar central. Esta figura consiste en que una parte declara al otro contratante ciertos hechos y *garantiza* que los mismos son verdaderos. Así por ejemplo, cuando se venden acciones de una sociedad el vendedor suele declarar y garantizar aspectos relacionados con la sociedad subyacente o los activos o pasivos de la misma. Es que, dado que la transferencia de las acciones sólo implica el traspaso de la titularidad de dichos títulos valores, algunas características importantes de la sociedad que se adquiere (por ej. que es titular de tal o cual bien, o que carece de pasivos) deben ser garantizadas de otra forma. Ello se logra mediante las declaraciones y garantías. La idea es que si lo declarado es falso, el comprador tendrá una acción legal contra el vendedor (declarante). El punto es, justamente, ¿cuáles son esas acciones legales en el Derecho uruguayo?

Problema a abordar. Las declaraciones *no* son obligaciones. El problema consiste, entonces, en determinar cuál es el régimen bajo Derecho uruguayo en caso de falsedad. Si se tratara de obligaciones incumplidas se aplicaría el régimen de la responsabilidad contractual. Pero las declaraciones no implican una obligación de actuar de cierta forma, sino únicamente afirmaciones acerca de la realidad. ¿Qué ocurre si son falsas?

Respuesta sugerida: A nuestro juicio se aplican *todos* los mecanismos de la responsabilidad contractual (resarcimiento de daños, pena, ejecución forzada o resolución). El hecho que la declaración esté garantizada, agrega la circunstancia de que la causa extraña no liberará de responsabilidad al vendedor declarante.

Argumento central: Nuestro argumento para sustentar la respuesta sugerida, es el siguiente. Primero, las declaraciones de las partes pueden ser vinculantes o no vinculantes. Las no-vinculantes son aquellas meras afirmaciones que no afectan el objeto del contrato. Por ejemplo, declaraciones sobre la trayectoria de las partes, sus deseos, las “sinergias”, y otras expresiones del estilo. Por otro lado, las declaraciones vinculantes son las que se conectan con lo dispositivo del contrato (las obligaciones asumidas). La línea divisoria de las declaraciones vinculantes y las no-vinculantes se puede construir por analogía a partir del Art. 1577 CCU. Así, son vinculantes las que tienen “relación directa con lo dispositivo del acto o contrato”. No lo son, las restantes. Segundo. Las declaraciones vinculantes, a nuestro juicio, cumplen la función de delimitar el objeto del contrato. Vale decir, una cosa es obligarse a dar las acciones sin más, y otra, obligarse a dar las acciones y declarar que la sociedad que subyace a ellas está libre de pasivos. En este segundo caso, si las acciones se entregan pero la sociedad tiene pasivos, no se habrá cumplido por una falta de una calidad exigida en la cosa (i.e. las acciones), conforme al Art 1458 CCU (principio de identidad de la paga). A saber, en vez de entregarse acciones representativas de una empresa sin deudas, se ha entregado otra cosa (acciones que representan una empresa endeudada). Al haber incumplimiento, se desatan todas las consecuencias de la responsabilidad contractual (no sólo la reparación de daños). Tercero. Si la declaración vinculante además está garantizada (es decir, si se trata de una “declaración y garantía”, una “*representation and warranty*”) el vendedor *no* podrá exonerarse de responsabilidad por causa extraña.

Inteligencia artificial frente a la responsabilidad civil

Silvina Vila

Tema: La Inteligencia Artificial (en adelante “IA”) es un tipo de tecnología sumamente compleja, que se ha incorporado a la vida cotidiana de las personas y que –sin duda alguna- hoy es el eje del desarrollo de la ciencia y la tecnología. Como fenómeno tecnológico se ha venido desarrollado desde hace décadas, sin embargo, en los últimos años hemos presenciado un avance exponencial, su incorporación a la cotidianidad y fácil acceso de toda la humanidad a estos sistemas.

Por un lado nos enfrentamos a la promoción y protección para el desarrollo de las nuevas invenciones y tecnologías, que son el motor de la sociedad, permitiendo el avance de la humanidad y la obtención de una mejor calidad de la vida y de las oportunidades; y, por otra parte, ante el derecho de los sujetos de no ser dañados y en el caso de serlo, de recibir la indemnización de todos esos daños. En ambos casos, los objetivos son convergentes: alcanzar una mejor calidad de la vida y el potenciamiento de las oportunidades para cada sujeto.

Problema a abordar: Considerando el actual sistema de responsabilidad civil uruguayo, ¿cuál sería el criterio de imputación o atribución de la responsabilidad más adecuado para la reparación de daños ocasionados por tecnologías o sistemas dotados de inteligencia artificial?

Respuesta sugerida: Considero que debería requerirse un modelo de diligencia específico para los creadores, desarrolladores y/u operadores de la IA que causó el daño, particularmente en aquella clasificación de riesgos de la IA en los que estamos frente a una mayor autonomía de esta tecnología, y por tanto, una mayor opacidad respecto de su comportamiento. Y junto con esto, establecer normativamente un factor de atribución objetivo cuando se observa un alto nivel de autonomía de la IA, dado que el riesgo para la sociedad aumenta sensiblemente, prescindiendo así del análisis subjetivo de la conducta de los sujetos responsables.

Argumentos centrales: Ninguna de las opciones normativas vigentes en Uruguay parece adaptarse o aplicarse adecuadamente al funcionamiento y comportamiento de la IA.

La actividad de la IA trae consigo un riesgo implícito que funcionaría como el factor de atribución de la responsabilidad civil. Sin embargo, debe considerarse que no todos los sistemas o tecnologías de IA ocasionan el mismo grado de riesgo. Para valorar este elemento, debemos analizar la autonomía de cada una de las tecnologías en cuestión. Es decir, cuanta más autonomía, mayor es el riesgo.

En términos generales, frente a las opciones que nos brinda nuestro actual sistema de Responsabilidad Civil, podríamos considerar a la IA como un producto o servicio (¿defectuoso?), aplicando el régimen de la Ley de Relaciones de Consumo (No. 17.250) cuando estemos ante una relación de consumo y el régimen general de responsabilidad civil en el resto de los casos (art. 1319, 1324 o art. 1346 del Código Civil). No obstante, esta solución general no resulta armoniosa con la dinámica de estas tecnologías o sistemas y su desarrollo. Adicionalmente, considero que tampoco es conveniente para el desarrollo de nuestra comunidad, desmotivar o desincentivar el desarrollo tecnológico.

A la luz de las características de estas tecnologías y las complejidades que representa para el Derecho de Daños, teniendo presente su función de prevención de daños y la subsiguiente reparación de estos, parece adecuado que se cree un microsistema de Responsabilidad Civil específico para los casos de daños ocasionados por sistemas o tecnologías dotadas de IA.

Es por ello que, a mi juicio, resulta adecuada la solución adoptada por el Parlamento Europeo ((2020)0276 del 20 octubre 2020) que ha optado por crear un sistema de responsabilidad civil especial y diferente por daños causados por IA.

Smart Contracts: La función jurídica de los programas Oráculo

Rodrigo Pereira

Tema: Esta presentación refiere al funcionamiento de los Smart Contracts aplicando tecnología blockchain y su vinculación con los hechos del mundo real. Desde Nick Szabo a nuestros días los objetivos de un contrato inteligente han sido satisfacer las condiciones contractuales que las partes designen, minimizando los peligros tanto accidentales como provocados, sin la intervención de un tercero (N. Szabo, *Smart Contracts*, 1994). La tecnología blockchain es el ecosistema perfecto para que un contrato de estos pueda desenvolverse. Dentro de esta tecnología, el contrato inteligente se autoejecuta tal y como las partes lo dispusieron. Estos contratos actúan en base a la lógica de “Si sucede X, después debe ser Y”. Lo que perfectamente podemos caracterizar como “condiciones suspensivas” o incluso un “plazo suspensivo”. Pero aquí en vez de que el evento sea causa de nacimiento de obligaciones, funcionaría como causa de ejecución del contrato, ya que una vez dado el hecho, automáticamente se ejecuta. Ahora bien, si el hecho que suspende la ejecución es un hecho cierto, estaríamos frente a un plazo suspensivo. Por lo que podríamos definir a un Smart Contract como un conjunto de condiciones suspensivas (o plazos suspensivos) que determinan cómo y cuándo se ejecuta el contrato y que una vez ocurridos generan automáticamente transacciones entre las partes.

Problema a abordar: El problema es ¿cómo incorporar a una estructura blockchain la información de que estos hechos, que dan pie a la ejecución, sucedieron o no, sin perder los objetivos de los contratos inteligentes? Tengamos en cuenta que las blockchain no pueden ni importar ni exportar datos a ningún sistema externo de forma nativa, son redes aisladas. Este aislamiento hace que sea una tecnología extremadamente segura dado que solo utiliza datos que están almacenados dentro de su propio registro. Ahora bien, si esto se mantuviese así generaría una gran limitación para la funcionalidad de estos contratos, sólo podrían funcionar en relaciones que permitan que la información de los hechos, nazca, se desarrolle y muera dentro de la blockchain. Las blockchains no son adecuadas para responder preguntas que ahondan en el terreno de la subjetividad. Por ejemplo, una pregunta tan simple como “¿Qué temperatura hay en Montevideo?” puede generarle grandes problemas.

De ahí nacen los llamados oráculos. Mecanismos de captación o interpretación de insumos externos, que crean puentes que conecten la blockchain (on-chain) y el mundo exterior (off-chain).

Pregunta: Frente a esta realidad debemos preguntarnos, ¿existe hoy en día un mecanismo que permita el ingreso de datos del mundo real a una estructura blockchain de un contrato inteligente manteniendo sus objetivos? Y de existir, ¿Qué alcance puede llegar a tener el ámbito de los smart contracts y hacia donde apuntan?

Respuesta y argumentos: El proyecto detrás de la cryptomoneda ChainLink ha desarrollado una red descentralizada de oráculos que proporciona distintas garantías que pueden combinarse de cualquier modo para ofrecer redes de oráculos personalizadas y adaptables a cualquier caso de uso, permitiendo al contrato inteligente acceder a información del mundo exterior de una forma confiable. La empresa estadounidense Arbol de seguros agrícolas utiliza esta tecnología para su funcionamiento.

Lo que nos lleva a cuestionarnos que, en tanto esta nueva tecnología abre el alcance de los smart contracts, la red descentralizada de oráculos permite acceder a fuentes información de infinita magnitud, que constatan, verifican e incorporan los hechos al contrato.

No hay posibilidades de delimitar el alcance que este mundo autoejecutable puede tener en nuestras vidas, lo que es un hecho es que estos contratos apuntan a una mayor verificación tecnológica de los hechos y actos humanos.

La responsabilidad civil de las plataformas de comercialización y de economía colaborativa

Juan José Martínez Mercadal

Tema: Responsabilidad civil de las plataformas de comercialización y economía colaborativa: análisis de antecedentes jurisprudenciales europeos y argentinos para una lectura desde el sistema de Derecho de Daños uruguayo.

Problema a abordar: Los principales problemas a analizar: a) La protección de datos personales, la hipervulnerabilidad y la inteligencia artificial. La recopilación de datos y las herramientas de protección. El principio de calidad del dato, privacidad de diseño y privacidad por defecto. Responsabilidad “pro-activa”, ética de datos y la responsabilidad civil; b) La responsabilidad del intermediario en la prestación de servicios o comercialización de productos en plataformas digitales y en economía colaborativa en la jurisprudencia europea y argentina, c) Relación de Consumo, Consumidores, Productores y Responsabilidad Civil en la Ley N° 17.250: una lectura desde la intermediación comercial en el mundo digital.

Respuesta sugerida: Entendemos que debemos contemplar por un lado los supuestos de responsabilidad por del uso de datos personales en la Ley 18.331, en especial la consolidación de un supuesto de responsabilidad objetiva desde la responsabilidad pro-activa. Y, por otro lado, la responsabilidad desde el subsistema de Derecho del Consumidor y la regla de que el factor de atribución en la responsabilidad contractual del proveedor es objetivo (incumplimiento de obligaciones legales, no ejecución de la prestación o realización defectuosa).

Argumentos centrales: En tratamiento de datos se concibe como una actividad generadora de riesgos y se considera a quien adopta las decisiones básicas al respecto como responsable último de todos los daños que supongan una materialización de los riesgos inherentes a las operaciones sobre datos personales. En ese ámbito rige una regla de responsabilidad objetiva para la compensación de los daños causados por el tratamiento de datos personales.

En los casos de intermediación comercial en plataformas digitales con una participación activa, profesional y onerosa intermediario, no hay duda alguna de su calidad de proveedor y como tal será responsable en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales o legales (buena fe e información), aspecto sobre el cual no hay discusiones en Derecho comparado. Sin embargo, jurisprudencia europea y argentina ha optado por excluir la responsabilidad de las plataformas digitales cuando no tienen una participación activa, sino que es meramente técnica, automática, pasiva y sin control efectivo sobre la información. Entendemos que la respuesta, a si es posible extenderle el ámbito de responsabilidad del Derecho de Consumo en dichos supuestos, debe buscarse en el hecho de si hay, o no, la obtención de un lucro respecto de la comercialización del producto o servicio. La respuesta no es ajena a fundamentos de las construcciones teóricas sobre teorías del riesgo-provecho o riesgo-beneficio en la evolución de la responsabilidad civil y el transitar de la culpa al riesgo, al que se le debe sumar un marco ético tanto desde la teoría contractual como desde la teoría del Derecho de Daños.

La prohibición del arbitrio del artículo 1253 del Código Civil. Su significado y alcance

Agustín Marchesano

Tema: Según el art. 1253 “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. En doctrina y jurisprudencia no existe consenso en su interpretación. Se dice que: (i) proclama el principio de igualdad jurídica de los contratantes, limita la autonomía privada y prohíbe la arbitrariedad. Se lo aplica para prohibir las cláusulas de receso unilateral ad nutum en contratos con plazo determinado y las de modificación unilateral del contrato; (ii) establece la fuerza vinculante del contrato. Se lo aplica para prohibir las cláusulas de exoneración de responsabilidad por dolo; (iii) prohíbe el carácter puramente potestativo de las obligaciones (art. 1413).

Problema a abordar: no habiendo una interpretación unívoca es necesario: (i) determinar el significado y alcance del art. 1253; (ii) someter a examen los supuestos en los que se aplica, para comprobar si se corresponden con el contenido de la prohibición o si, por el contrario, han sido resultado de su aplicación errónea.

Respuesta sugerida: “arbitrio” debe entenderse en el sentido de “exclusiva voluntad” del contratante (libertad de decidir) y no de “arbitrario” (caprichoso, injusto, no razonable, desmesurado). Entonces, se prohíbe dejar a la exclusiva voluntad del contratante la validez (conjunto de exigencias que la ley impone para que el contrato sea apto para producir los efectos jurídicos queridos por las partes y para que la ley apoye su ejecución, aun forzosamente) y el cumplimiento (ejecución de la prestación objeto de la obligación, consistente en desarrollar la conducta debida de forma diligente u obtener un resultado, según el caso) del contrato. Por tanto, se prohíbe que quede a la exclusiva voluntad o libre decisión de una parte: si el contrato es válido o no, si el contrato es apto para producir efectos jurídicos (ser fuente de obligaciones) o no, si es vinculante o no, si lo cumple o no, sin ser responsable. Refuerza la fuerza vinculante/obligatoria del contrato para las partes.

Con este sentido: (i) las cláusulas de exoneración de responsabilidad por dolo son contrarias al art. 1253; (ii) no se prohíben las cláusulas de receso ad nutum ni las de modificación unilateral del contrato.

Argumentos centrales: “arbitrio” es libertad de decidir y no arbitrariedad porque: (i) es el sentido literal, natural y obvio del término (arts. 17 y 18); (ii) el legislador utiliza el término otras 18 veces y todas ellas refieren a la idea de “disponer”, “elegir”, “optar”, “decidir” “exigir” libremente, siendo el significado que da coherencia al texto normativo (art. 20); (iii) la fuente del art. 1253 es el art. 979 del proyecto de García Goyena, con fuente en el art. 1174 del Código francés (nuestro art. 1413). Éste prohíbe la condición meramente potestativa, la que depende de la exclusiva voluntad del deudor; (iv) además, si se prohibiera la “arbitrariedad” sólo se prohibiría el actuar injusto y un actuar (incumplimiento) justo estaría justificado. Si fuera así, bajo el art. 1253, si el contrato es injusto, podría incumplirse.

A “validez” y “cumplimiento” debe dársele el sentido antes indicado y no otro, porque estos son los significados que les da la ley en la materia (art. 18) y comúnmente la doctrina (art. 19).

Las cláusulas de exoneración de responsabilidad por dolo son contrarias al art. 1253, porque se estaría dejando a la exclusiva voluntad del deudor el cumplimiento, al eliminar toda posibilidad de incumplimiento y sanción. No se prohíben las cláusulas de receso o modificación unilateral del contrato, porque no está en juego ni la validez ni el cumplimiento del contrato, sino su extinción o modificación. Hasta tanto la parte no ejerza su derecho de receso o modificación unilateral, el contrato debe cumplirse. La extinción o modificación opera hacia el futuro.

El receso *ad nutum* en los contratos de cumplimiento continuado con plazo

Carlos De Cores Damiani

Tema: Receso unilateral

Problema a abordar:

- (a) viabilidad del pacto de receso en los contratos de ejecución continuada con plazo; y
- (b) si la compensación por receso, en caso de acordarse, está sujeta a alguna restricción o control judicial.

Respuesta sugerida:

Es lícito dicho pacto de receso. Si el receso fuera compensado, no existe posibilidad de revisión por el juez.

Argumentos centrales:

(a) Como es sabido, uno de los problemas centrales que ha tratado la doctrina y jurisprudencia es la posibilidad de que las partes pacten, en un contrato de ejecución continuada con plazo, el receso unilateral *ad nutum*, esto es, sin expresión de causa.

Es tradicional el argumento de que tal pacto, en un contrato con plazo, vulneraría lo dispuesto en el art. 1253 del Código Civil, pues se dejaría el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes (Carnelli).

Desde otras tiendas se indica lo contrario, al postularse que en nada se vulnera tal disposición, por cuanto se trata de terreno propicio para la autonomía privada, no dejándose al arbitrio de una parte el cumplimiento del contrato sino su duración (Gamarra, Caffera).

La jurisprudencia reciente puede considerarse oscilante en cuanto al punto (contra, TAC 1 Sent. 49/2017, a favor, TAC 6, Sent. 161/2020).

En nuestra opinión, lo que existe en un caso así son dos plazos pactados (uno cierto, el otro incierto), de modo que debería desentrañarse la voluntad de las partes. La doctrina negadora de esta posibilidad supone que debe sacrificarse uno en desmedro del otro, lo que no parece tener justificación si es posible una interpretación diversa: por ejemplo, que transcurrido el plazo cierto cesa la eficacia del contrato sin que las partes nada manifiesten, pero que sin perjuicio de ello cualquiera de las mismas puede ponerle fin.

No debe olvidarse, por otra parte, que el Código Civil indica que el plazo se presume estipulado en favor de ambas partes, pero que lo contrario puede resultar de la convención o las circunstancias (art. 1436), con lo cual no se trata de un aspecto sobre el cual las partes no puedan disponer: puede pactarse en definitiva que el plazo sólo beneficie a uno de los contrayentes, a ambos o a ninguno.

(b) Asimismo, la doctrina negadora de la licitud del pacto de receso en los contratos con plazo, indica que el mismo sería lícito si media una contrapartida en dinero (multa penitencial). El problema radica en determinar si cualquier suma de dinero podría ser acordada, o si por el contrario debe guardar alguna relación con la cuantía económica del contrato. Por ejemplo, si los problemas que podría generar la cláusula de receso *ad nutum* en un contrato de gran porte podría solucionarse con una multa penitencial simbólica de un dólar.

Desde una primera aproximación, podría sostenerse que, para que realmente se cumpla en sustancia con lo requerido por dicha postura (que en cabeza del recedente exista un sacrificio) debería permitirse un examen del monto acordado.

A mi juicio, de todos modos, debería cerrarse toda posibilidad de revisión judicial del monto, por tratarse en definitiva de una contrapartida no sujeta a su control, del mismo modo que no lo están los montos acordados a título de contraprestación (art. 1277). En todo caso, el punto planteado parece evidenciar una inconsistencia de la doctrina, no siendo razonable postular consecuencias tan dispares en uno y otro supuesto.

Cuestionamientos acerca de las consecuencias del abuso de derecho

Andrés Mendive y Flavia Olveira

Tema: En el marco de la Responsabilidad Civil la figura del Abuso de Derecho tiene extenso desarrollo. No sólo es posible encontrar estudios en torno a su configuración, sino que también es posible ubicar jurisprudencia que condene por los daños que el ejercicio de un derecho con abuso genere. Lo anterior encuentra su fundamento normativo en el artículo 1321 del Código Civil: “*El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que pueda resultar no le es imputable*”. En otras palabras, en caso de existir exceso (comprensivo del abuso a estos efectos) en el uso de su derecho, sí podrá ser pasible de responsabilidad.

Situado en la dinámica que se acaba de resumir es que se aborda el problema que seguidamente se indica.

Problema a abordar: Descontado el efecto relativo a la responsabilidad en términos patrimoniales, nos cuestionamos acerca de otro posible efecto del abuso de derecho.

En la actualidad en caso de configurarse abuso de derecho se solicita en la casi totalidad de los casos la reparación del daño, según lo prescribe el artículo 1321 del Código Civil. Es decir, no se postula la inhibición de la conducta abusiva.

A nuestro juicio si limitamos la pretensión exclusivamente a la indemnización se torna en “lícita” la conducta validando sus efectos, cual si fuera un acto ejercido en derecho.

¿Es posible además atacar la actividad o concreción de negocio efectuado con abuso de derecho? ¿Existe la posibilidad de pretender el cese y que se revierta el comportamiento abusivo? En este último caso, ¿podría el abuso afectar la actividad desarrollada (artículo 1560) y de esta forma teñir de ilegitimidad aquello que se concretó en aparente ejercicio de un derecho legítimo? De ser así, ¿podríamos postular una nulidad como efecto del abuso de derecho? Quizá este cuestionamiento exceda incluso a la figura del abuso de derecho y sea plausible frente a cualquier comportamiento ilícito que cause un daño.

Respuesta sugerida: A criterio de los ponentes, se advierte insuficiente la mera indemnización de los daños y perjuicios irrogados, además, es viable procurar –en los casos que así corresponda- el cese de la conducta ilícita y la inhibición de efectos producidos por la misma.

Argumento principal: Si bien se comparte que no es una pretensión movilizaba habitualmente el que, además de la reparación pecuniaria se requiera una inhibición de los efectos del acto ejercido con abuso, es posible ubicar determinadas situaciones en las que ello es necesario a los efectos de tutelar cabalmente los derechos de quien es afectado por la actuación de un derecho ejercido con abuso. Como se desprende de la lectura del artículo 1321, el efecto inhibitorio del abuso de derecho no aparece directamente regulado, al menos en el Código Civil. Sin embargo, otras disposiciones de nuestro Ordenamiento Jurídico sí lo hacen. A modo de ejemplo, en la Ley 17.250 sobre relaciones de consumo (relaciones no paritarias), existe como respuesta a las cláusulas abusivas la nulidad de éstas y la posibilidad de integración del contrato por el Juez. Por su parte, en materia laboral encontramos algunas disposiciones en la misma línea. En el caso del despido abusivo en el derecho laboral, si bien existe una tarifa indemnizatoria de carácter legal, la doctrina y jurisprudencia han entendido que a partir de la Ley 16.713 es posible sostener la ineficacia de lo actuado en casos de acoso sexual, despido por motivos sindicales etc. Finalmente, también el abuso de posición dominante en materia de Defensa de la Competencia recoge la inhibición. Así, el artículo 13 de la Ley 18.159 regula el cese preventivo de la conducta.

En definitiva, es posible ubicar en nuestro derecho normas que establecen la inhibición de la conducta ejercida con abuso de forma independiente al resarcimiento de daños y perjuicios que su actuación genere. En el marco del Derecho Civil, es necesario cuestionar en profundidad la temática de manera de arribar a definiciones en torno a la calificación jurídica de la antes referida inhibición, si lo es a título de inexistencia, nulidad, falta de eficacia o inoponibilidad del acto ejercido ilícitamente. Ello deberá acompañarse de la fundamentación normativa de la solución que se postule.

El coligamiento contractual como categoría jurídica

Rita Mariela Varela

Tema: Se analiza la problemática conceptual de los contratos coligados y la viabilidad de considerarlos como una categoría jurídica autónoma.

Objeto de la investigación: La intensidad y complejidad del tráfico económico ha dado lugar a nuevas formas de intercambio de bienes y servicios, lo cual desde el punto de vista jurídico se manifiesta a través de la proliferación de los sistemas contractuales por conexidad. El objeto de la investigación se orienta a la búsqueda de elementos que permitan la admisión de los coligamientos contractuales como una categoría jurídica independiente, adoptando como pautas metodológicas: la delimitación del fenómeno a la llamada “conexión voluntaria” y los aportes de la teoría sistémica desarrollada por el Profesor Ricardo Lorenzetti. La fundamentación gira en torno al análisis del principio de relatividad de los contratos, los criterios de la Jurisprudencia en materia de interpretación, la incidencia de la causa y la determinación del régimen de responsabilidad aplicable a los coligamientos contractuales, siendo este último aspecto el que se analizará.

Problemas a abordar: En materia de responsabilidad el incumplimiento de uno de los contratos coligados puede traer como consecuencia la generación de daños con relación a otro contrato integrante de la cadena contractual, o generar incumplimientos en cascada, ya que ésta funciona de manera que están todos entrelazados. La cuestión radica en la viabilidad de considerar al coligamiento contractual en su conjunto, como una sola operación económica y en consecuencia aplicar el régimen de responsabilidad contractual en forma global entre todos sus integrantes.

Argumentos centrales: Doctrina y jurisprudencia admiten que en materia de interpretación de coligamientos contractuales “la interdependencia de los negocios no permite que sean considerados aisladamente, uno con prescindencia del otro”. En nuestra opinión, ello implica la admisión de la teoría sistémica, lo cual trasladado al ámbito de la responsabilidad implica que, producido un incumplimiento en uno de los contratos individualmente considerados, aquel que sufre los daños y que integra el coligamiento contractual, no podría ser considerado como un “tercero”. Desde esta óptica podría contar con legitimación activa o pasiva respecto de las acciones contractuales que puedan ser interpuestas, por ejemplo: resolución del vínculo contractual, excepción de contrato no cumplido, indemnización por daños y perjuicios, etc. Entendemos que por este camino transita la reciente Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 407 del 24/05/2022, dictada en el juicio por cobro de pesos incoado por RIOGAS S.A. contra ANCAP. Dicha sentencia condena a ANCAP a indemnizar daños y perjuicios, concluyendo que si bien no es parte del contrato entre RIOGAS S.A. y GASUR “ostenta legitimación causal pasiva, porque en esa red funcional de contratos, tiene un papel central en la determinación del precio” y “está fuertemente ligada y compenetrada en función de la operativa económica”.

Respuestas sugeridas: i) Resulta necesaria la admisión de los contratos coligados como categoría jurídica independiente en función de las particularidades que presentan: a) pluralidad de contratos estructuralmente independientes con una causa autónoma como función económica y social, b) finalidad supracontractual materializada a través de la voluntad de vincular los contratos para el logro de una operación económica unitaria, que se identifica con la causa real, efectiva y concreta. c) obligaciones y deberes colaterales que asumen los integrantes del coligamiento contractual por integrar el sistema; ii) La existencia de criterios especiales de hermenéutica jurídica, la necesidad de reformular el principio de relatividad de los contratos, la aplicación del concepto de causa concreta y su identificación con la operación económica, permiten explicar y dar autonomía a la categoría; iii) En materia de responsabilidad, desde el enfoque sistémico que postulamos, queda en evidencia la necesidad de readecuar los institutos afines, mediante la búsqueda de soluciones legales que consagren acciones directas o similares al Código Civil y Comercial Argentino.

Responsabilidad civil en clave de pandemia: desde el caso Carmela hasta Ómicron

Nicolás Pallas

Tema: Es evidente la afectación mundial que existió (y aún, en parte, existe) en virtud de la pandemia de coronavirus. Del mismo modo, el derecho y, en lo que nos es atinente, el derecho civil, debió dar respuesta a situaciones que se generaron y/o agravaron con el fenómeno. En materia específica de responsabilidad civil, y dada la masividad de los contagios a partir de la variante Ómicron, los puntos más relevantes están dados con la responsabilidad por contagios, por denuncias y la determinación de cómo se configuran todos los elementos de la responsabilidad civil.

Problema a abordar: Me propongo dar respuesta a las siguientes preguntas: (i) ¿Existe una responsabilidad civil especial por contagio? ¿El deber de no dañar se amplía al peligro de contagio?; (ii) ¿Existe responsabilidad civil por denunciar supuestas violaciones de cuarentena o peligros?; (iii) ¿Hay una nueva relación de causalidad atendiendo al impacto que el coronavirus tiene sobre ciertos grupos de personas?; y (iv) ¿Se amplía la obligación de seguridad de un Hospital a no contagiar de coronavirus a quienes se atienden allí? El análisis de todas estas cuestiones supone, también, el análisis de una meta-cuestión: ¿cómo deben reaccionar las estructuras jurídicas frente a una crisis? ¿deben dar respuestas específicas *ad-hoc* o deben utilizarse, más que nunca, los principios generales?.

Respuesta sugerida: En el orden antes indicado: (i) El contagio no es en sí mismo una actividad. No le llamaría especial, pero sí puede afirmarse que el resultado contagio puede derivar de un hecho ilícito en determinadas circunstancias. En términos generales, el peligro o responsabilidad objetiva no se aplicaría en este caso; (ii) No. Denunciar no es un hecho ilícito; (iii) Puede entenderse que existe una variación en la relación de causalidad; y (iv) Sí.

Argumentos centrales: (i) El coronavirus, como su nombre lo indica, es un virus. Esto significa que no tiene vida propia, (incluso fuera del portador, es mínima) sino que debe ingresar a las células que infecta y debe ir transmitiéndose de persona en persona para seguir existiendo. De esta manera, el contagio es, al mismo tiempo, una consecuencia y no un acto. Es un resultado del acto. El concepto central en materia de responsabilidad fue girando de la culpa al daño, pasando en el medio por el riesgo (ver Díez Picazo y la Ley francesa de Accidentes de Trabajo de 1896). Como lo expresa Larenz, la responsabilidad por riesgo difiere del “obrar injusto”, sino que impone una obligación legal de soportar/ser responsabilizado por el riesgo de producir un daño para otro. Es responsable, así, porque conoce y domina en general la fuente u origen del riesgo y se asocia con que el que obtiene la ventaja ha de tomar también sobre sí los perjuicios que a ella van unidos para otros. Nada de esto se da en el caso de contagio al que podemos estar todos asociados. (ii) En el acierto o en el error, denunciar no puede ser un hecho ilícito sino un derecho. Naturalmente, como cualquier derecho deberá analizarse el abuso, pero la regla es la libertad. (iii) Desde la vaca de Pothier a la fecha, la relación de causalidad siempre ha tenido una veta fáctica. No reconocer que el daño que se causa a un grupo de personas (por su edad, por sus comorbilidades, etc.) no es igual que a otras es desconocer el concepto mismo de causa. A esto debe sumarse, la dificultad de la determinación de la causa (como concepto natural ya) en estos casos. (iv) No se concurre a un Hospital o se consiente un acto médico asumiendo riesgos distintos de los propios del acto. Sí frente a la necesidad de ir a un Centro Asistencial por razones diversas no asumo la posibilidad de contagio. Existe una obligación de seguridad y si bien el virus en sí mismo es un caso fortuito no configuraría un *casus extrañus* a la actividad de un Hospital. Así como se dice en materia de libertad de expresión que es muy fácil defender el principio cuando lo expresado coincide con lo que uno piensa, es muy fácil aplicar el sistema jurídico que sea (en el caso, responsabilidad civil) en tiempos donde los conceptos y las situaciones no se estresan. El sistema, aún en estos casos, es suficiente.

El derecho civil ante la crisis

Jaime Berdaguer

Problema a abordar: respuestas del ordenamiento jurídico uruguayo ante futuras crisis económicas, cuando en la etapas ejecución de los contratos previamente celebrados éstas producen un “desequilibrio excesivo” en el valor de las respectivas prestaciones contractuales.

Situación actual, derecho civil vigente:

A) El derecho civil uruguayo actualmente vigente consagra el “principio de la intangibilidad del contrato” (arts. 1291, inc. 1) “*los contratos legalmente celebrados forman una regla a la que las partes deben someterse como a la ley misma*”.

Además, los contratos: a) “*solo pueden revocarse por las causas que la ley autoriza*” (art. 1294) b) y las obligaciones emergentes de los mismos “*solo se extinguen*” en caso de imposibilidad absoluta y objetiva de realizar la prestación (teoría de los riesgos, art. 1557, 1558).

De acuerdo con ello, las referidas obligaciones *jamás se extinguen, ni se modifican*, por el hecho de que la prestación de una de las partes “*se haya tornado excesivamente onerosa*”. En suma: la “excesiva onerosidad superviniente” respecto del valor de la prestación de una de las partes contratantes no afecta el cumplimiento del contrato; éste debe cumplirse igualmente en los mismos términos originarios en los que se había celebrado.

B) En el caso especial de las “Obligaciones de Suma de Dinero” desde el año 1976 rige el Dec. Ley 14.500. De conformidad con éste, *son válidos los pactos en moneda extranjera*. Por lo cual, en caso de que -en la etapa de ejecución del contrato- la moneda extranjera estipulada hubiera subido excesivamente de valor, la parte afectada por ello no puede -fundándose en la “excesiva onerosidad superviniente”- pretender que se reajuste o reduzca proporcionalmente en su favor la prestación que adeuda en moneda extranjera.

Posibles formas de remediar la situación.

1º) Un primer intento ha estado constituido por diversos estudios doctrinarios que han buscado formular una “re-lectura del derecho vigente”.

Oportunamente, en ocasión de la exposición, resumiremos los principales argumentos en los cuales dichos juristas han intentado apoyarse para realizar la referida “re-lectura”; estimamos que los referidos argumentos no son de recibo.

Aquí solo corresponde aludir al problema fundamental que torna a nuestro juicio inaceptables a todas las referidas teorías:

Todas ellas:

a) fundándose *solamente en ciertos principios muy generales* (constitución, principios generales de derecho, equidad, buena fe, etc.);

b) y *sin proponer que se dicte una ley expresa al respecto*;

c) tienen el vicio común de legitimar a que, en adelante, los magistrados puedan intervenir para *modificar substancialmente el contenido de los contratos*. Ello tendría como consecuencia un retroceso en la evolución del derecho, pues provocaría la reinstauración de un nuevo “derecho natural” (esta vez, apoyado en un “principalismo constitucional”) y, a la vez, instauraría al denominado “gobierno de los jueces”.

2º) Una segunda alternativa es la de aprobar, en el futuro, una ley expresa en la cual se regularan en detalle, todos los requisitos, condiciones, plazos, límites, procedimientos, etc., para que -cuando surja una hipótesis de “excesiva onerosidad superviniente”- los magistrados puedan ajustar - dentro de ciertos límites y condiciones- el valor de las prestaciones que integran el contenido de los contratos.

Respecto de esta segunda alternativa, existen dos situaciones esencialmente diversas que deberían tenerse en cuenta: a) por un lado, las referentes a las prestaciones en general (dar, hacer o no hacer); b) y, por otro lado, las atinentes a las obligaciones de suma en moneda extranjera.

A) Respecto de las prestaciones “en general”. En nuestra opinión, estimamos que sería jurídica y económicamente viable, en el futuro, el dictado de una ley que regulara las hipótesis de “excesiva onerosidad superviniente” respecto de las obligaciones en general.

Incluso nosotros mismos, hace algunos años, hemos preparado un anteproyecto de ley al respecto[1].

B) Respecto de las obligaciones de suma “en moneda extranjera”. En nuestra opinión, el dictado de una futura ley que - tras derogar total o parcialmente el Dec. Ley 14.500- consagrara la “excesiva onerosidad superviniente” respecto de las obligaciones estipuladas en moneda extranjera, presenta ciertos problemas particulares que oportunamente resumiremos en la exposición.

Solo señalaremos aquí que, la diferencia con la hipótesis prevista antes en supra lit. A), reside en que:

a) mientras que la excesiva onerosidad superviniente que podría generarse respecto de cualquier producto o servicio *concreto* (*supra lit. A*) solo podría afectar a un sector de sujetos o de empresas necesariamente muy limitado- por lo cual sería viable sancionar una futura ley al respecto;

b) en cambio, los pactos en moneda extranjera tienen históricamente en el Uruguay *tal grado de generalidad* (casi todos los sujetos que viven en el país son o acreedores o son deudores en moneda extranjera) que la consagración por medio de una ley general de un “derecho concreto” en favor de una masa tan enorme de los sujetos que, con seguridad, serían afectados, produciría consecuencias mucho peores que la de dejar simplemente que el Estado, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, dictara ante una eventual crisis (sistémica) que se produjera, las normas excepcionales y las medidas especiales y adecuadas para paliar el punto.

[1] El referido anteproyecto lo hemos presentado al Instituto de Derecho Civil (Facultad de Derecho, UDELAR) a fines del año 2006; además, el mismo fue luego publicado en el ADCU, T. XXXVII, pags. 537 y siguientes. El mismo consta solo de tres artículos: el primero consagra y regula la denominada “teoría de la imprevisión (o “excesiva onerosidad superviniente”); el segundo instituye la llamada “lesión calificada”- y el tercero regula el aspecto temporal estableciendo la vigencia de las referidas normas exclusivamente para el futuro.

La cláusula resolutoria genérica en Uruguay

Virginia Yellinek

Tema: La cláusula resolutoria es aquella por la que las partes acuerdan que el incumplimiento de una obligación ocasione la resolución automática del contrato. Mediante este pacto las partes se apartan del régimen general en materia de resolución de contratos bilaterales previsto por el artículo 1431 del Código Civil. Este último supone la resolución judicial del contrato y, para que ella opere, se exige que se haya verificado un incumplimiento grave de una obligación principal.

La cláusula resolutoria puede tener distintos alcances según cuáles sean las obligaciones cuyo incumplimiento ocasiona la resolución. Por “cláusula resolutoria genérica” refiero a aquella que prevé que el incumplimiento de *cualquier* obligación ocasiona la resolución ipso iure del contrato.

La validez de la cláusula resolutoria es pacíficamente admitida en Uruguay cuando refiere al incumplimiento de obligaciones principales concretamente identificadas en ella. Si se cuestiona su validez cuando, o no identifica las obligaciones cuyo incumplimiento ocasiona la resolución, o sí las identifica pero se trata de obligaciones secundarias. La cláusula resolutoria genérica reúne ambos caracteres: no identifica las obligaciones cuyo incumplimiento ocasiona la resolución y, además, pretende alcanzar a *cualquier* obligación, ya sea principal o secundaria.

Las objeciones a la validez de la cláusula resolutoria genérica encuentran su mayor desarrollo en la doctrina. La jurisprudencia, en cambio, ha admitido la validez de esta cláusula.

Problema a abordar: el análisis de los argumentos esgrimidos a favor de la admisión de la validez de la cláusula resolutoria genérica o en contra. Como argumentos a favor de la validez de la cláusula resolutoria genérica, se erigen la autonomía de la voluntad y el pacto de las partes en ese sentido, sin mayor desarrollo. Como argumentos en contra de su validez coexisten los siguientes: i. contraviene lo dispuesto por el artículo 1253 del Código Civil; ii. implica admitir la resolución de obligaciones que no integran el sinalagma funcional; iii. desconoce la principal finalidad de la cláusula resolutoria que es jerarquizar determinadas obligaciones del deudor; iv. atenta contra la excepcionalidad del instituto y admitir su validez implicaría asumir el riesgo de que se vuelva la regla en la práctica; v. contraviene el principio de conservación del contrato y el favor debitoris.

Respuesta sugerida: Ninguno de los argumentos sostenidos contra la validez de esta cláusula es de recibo. Parece sí que todos ellos son expresiones de una afirmación con un mayor alcance y que excede el instituto en análisis: que se debe perseguir la ejecución del contrato, en lugar de su resolución. Este es el verdadero argumento a ser analizado: ¿es la resolución un remedio de ultima ratio? ¿Lo es al punto de que el pacto de las partes en contrario pueda no ser admitido? Este punto merece un análisis adecuado en sede de remedios ante el incumplimiento en el Código Civil; no una manifestación aislada en sede de cláusula resolutoria genérica.

Argumentos centrales: Los argumentos invocados por la doctrina no son correctos o suficientes. Sobre i, la cláusula resolutoria no vulnera el artículo 1253 CC: quien incumplió el contrato no puede invocarla y quien se ve beneficiado por ella, puede renunciarla. Respecto de ii. y iii., son una petición de principios: justamente la interrogante es si la cláusula resolutoria puede aplicarse a obligaciones que no integren el sinalagma funcional o si puede tener otra finalidad que jerarquizar determinadas obligaciones concretas. En relación con iv. y v., también parten de la premisa que quieren fundamentar (en este caso, que la resolución es excepcional), pero sin fundamentarlo adecuadamente. Entonces, la negativa a admitir esta cláusula y restringir su aplicación en la mayor medida posible (negativa que evidencian los argumentos citados) se explicaría por otro argumento no explicitado: la excepcionalidad de la resolución.

Los Problemas de la Cláusula Resolutoria

Gabriel Fernández y Dalmiro Outerelo

Tema: El tema escogido como objeto de investigación atañe a los “problemas de la cláusula resolutoria” porque este instituto, luego de una primera época en que fue cuestionado, ha recibido aceptación por doctrina y jurisprudencia, siendo una figura muy difundida en la práctica jurídica de nuestro país (algunas veces con una amplitud exacerbada) que parece haber sido definitivamente laudado por la dogmática uruguaya. Sin embargo, a nuestro juicio, no ha sido suficientemente elucidado por la, sobremanera en lo concerniente a los inconvenientes que plantea, lo que amerita un reexamen de la figura.

Problemas a abordar: La presente investigación pretende destacar algunas inconsistencias relativas a su colisión con el art. 1253 del Cód. Civil, así como a la renuncia de su invocación a fin de que el deudor, con su propio incumplimiento, no pueda extinguir el contrato quitando al acreedor la facultad de optar por el cumplimiento, y a la vez, examinar algunas cuestiones vinculadas con su relación con el instituto de la mora. Asimismo, se pretende examinar si existen algunas otras figuras que puedan presentar mayor utilidad para los mismos fines de la cláusula (que el acreedor pueda acceder a la resolución del contrato en forma extrajudicial y expeditiva sin quedar a merced de la conducta del deudor) pero que supere los eventuales inconvenientes que la cláusula presenta

Respuesta sugerida: Se sugiere investigar si la opción extintiva es un mecanismo idóneo para que el acreedor pueda ejercer la opción por la resolución o el cumplimiento, sin entrar en colisión con los problemas destacados en el punto anterior. En este sentido, si los contrayentes acuerdan crear una propuesta irrevocable de resolución del contrato en caso de incumplimiento de cualquiera de ellos, la aceptación por parte del acreedor de la opción en casos de incumplimiento, podría superar los cuestionamientos referidos.

Argumentos centrales: i) El instituto vulnera al art. 1253 del Cód. Civil, pues al deudor le alcanza con incumplir para decidir la suerte del contrato, lo que supone que el cumplimiento del mismo queda a su solo arbitrio, generando un grave inconveniente en la práctica de la resolución del vínculo obligacional; ii) Lo precedente se debe a que la renuncia de la cláusula resolutoria dispuesta por el art. 1429 del Cód. Civil no puede verificarse después del acaecimiento del evento extintivo, en el caso, el incumplimiento, debido a que éste último, cuando acontece, extingue automáticamente el vínculo obligacional; iii) El argumento relativo a que puede renunciar a la cláusula después de que se verifica el incumplimiento no es de recibo porque en tal caso, la cláusula resolutoria no operaría de pleno derecho y sería la notificación que el acreedor hace al deudor, el evento extintivo, y no el incumplimiento dispuesto en la cláusula; iv) La figura es inconsistente con la mora, cualquiera fuese la concepción de mora que se sustente.

El Pacto Comisorio después de la reforma del CGP

Gerardo Caffera

Tema: El pacto comisorio se regula en los arts 1737 y siguientes del CCU y 366 del CGP y ha tenido una larga historia de debates. Si se estipuló y el comprador incumple se resuelve el contrato si no paga dentro de las 24 hs de notificada la demanda (Art. 1740 CCU dispone respecto del contrato que *“podrá hacerlo subsistir el comprador, pagando el precio, lo más tarde, a las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda”* (insisto: notificación de la *“demanda”*). El Art. 366 CGP reguló el funcionamiento procesal del pacto y ya había traído problemas interpretativos. Ese artículo 366 fue modificado, a su vez, por la Ley 19.090 en 2013, aparentemente buscando solucionar esos problemas. Actualmente prevé que si el vendedor demanda la resolución, el juez directamente la decreta y *luego de la resolución (no ya de la “demanda”)* lo notifica al comprador quien tiene recién allí las 24 hs para pagar y hacer sobrevivir el contrato. Como indica la norma *“dicha resolución quedará sin efecto si el pago del precio se realiza el día hábil siguiente a la notificación al demandado de aquella resolución”*.

Problema a abordar: si el comprador paga el precio dentro de las 24 hs de notificada la sentencia de resolución. Es decir, luego de resuelto el contrato por el juez. Y dado que la resolución extingue las obligaciones pendientes de cumplimiento, entre ellas, justamente la de pagar el precio, ¿qué es lo que paga el comprador? ¿una obligación extinguida? El “pago” parece ser un mero hecho material y no un verdadero pago (Art. 1448 CCU), entonces .

Respuesta sugerida: el pago “deja sin efecto” la resolución decretada por el juez. Esto implica que resuelve esa resolución (figura llamativa), y por tanto que renace retroactivamente la obligación del comprador. Entonces, el pago hecho se imputa retroactivamente a esa obligación renacida. Sin embargo, un problema a explorar es que esta respuesta podría dejar subsistente el problema: En efecto, la obligación de pago “renacería” para extinguirse *en el mismo acto* (el pago que la hace renacer al mismo tiempo la extingue). En realidad, lo retroactivo sería la calificación jurídica del acto material de abonar la suma en que consistía el precio. Como vemos el Art. 366 en su nueva redacción sigue requiriendo un cierto esfuerzo interpretativo de la doctrina. Esto es digno de reflexión pues figuras similares al pacto comisorio o más radicales (como la cláusula resolutoria) que ganan espacio en otros Derechos contractuales lo siguen perdiendo entre nosotros. Esto es un problema mayor en la praxis jurídica contractual, no sólo un tema de gabinete.

Argumento central: Se trata de la segunda aparición en nuestro Derecho de la figura de la resolución de la resolución. Ya la tenemos en la “rehabilitación” de contratos resueltos prevista por el Art. 79 de la Ley 18387 de Concursos. Si la resolución dictada por el juez se resuelve (por el pago del comprador) entonces la obligación renace retroactivamente y lo que se pagó es genuinamente el precio. En cuanto a cómo puede renacer esa obligación *en el mismo momento que se extingue* (pues al renacer y en el mismo instante el pago ya hecho por el comprador se le imputa) una respuesta posible es que lo que se hace retroactivo es directamente la calificación jurídica del pago (la entrega de la suma).

La Interpretación del Contrato en el Derecho Uruguayo

Josefina de la Fuente y Joaquín Labandera.

Tema: En el Código Civil Uruguayo (CCU) las reglas de interpretación del contrato se encuentran establecidas en los artículos 1297 a 1307.

No existe un consenso en la dogmática sobre cómo se aplican estas reglas. En particular, sí existe un orden de jerarquía entre los artículos 1297 y 1298 del CCU: si primero se debe acudir al tenor literal de la declaración; o, por el contrario, debe buscarse la intención común de los contratantes.

Problema a abordar: Partiendo de la premisa de que las reglas de interpretación del contrato establecen, en primer lugar, que se debe atender al sentido o uso general de las palabras; y solo para el caso de existir ambigüedad o oscuridad, recurrir a distintas herramientas con el fin de alcanzar la intención de común de las partes, existe el siguiente problema: ¿qué sucede si el tenor literal es “claro” pero lleva a una solución que para cualquier interprete medio es manifiestamente absurda?

Un ejemplo de ello, es el que establece Gamarra en el Tratado de Derecho Civil Uruguayo. La Caja Bancaria celebró un contrato con un particular para transportar madera de su explotación en Paysandú hasta una obra en Tacuarembó. Se estipuló un precio de U\$S 9 por tonelada por kilómetro. Esto es, U\$S 9 por cada tonelada transportada y por cada kilómetro recorrido. Como se señala en el Tratado, la cláusula incluía un error en su redacción, ya que el precio que en realidad correspondía establecer era de U\$S 9 a destino por tonelada.

Respuesta sugerida: Priorizar la búsqueda de la común intención de las partes, desatendiendo al texto del artículo 1297 del CCU no puede ser preferible. El CCU establece un orden en la aplicación de las reglas de interpretación del contrato, que parte del tenor literal de la declaración.

Entendemos que en el caso estamos frente a lo que se puede denominar una laguna axiológica: el sistema normativo determina de forma clara la norma a aplicar y la forma de resolverlo, pero que, el intérprete debido a valoraciones propias, no entiende acertada dicha solución.

Para resolver esta laguna axiológica, el artículo 16 del CCU, introduce nuevos elementos de los cuales puede valerse el intérprete para resolver el problema. En este sentido, la propia norma prevé en un primer orden, que se debe acudir a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsiste la duda, se acudirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso.

En cuanto a las leyes análogas, es posible atender a las reglas de interpretación de los Tratados, concretamente la Ley N° 16.173 de 30 de marzo de 1991, que incorpora a nuestro Derecho, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Concretamente, dentro del sistema normativo de interpretación de los Tratados, el artículo 31 ordena interpretar las disposiciones, acorde al sentido corriente de las palabras (expresiones análogas a las del artículo 1297 del CCU). Por su parte, el artículo 32 permite acudir a medios de interpretación complementarios, cuando, entre otros casos, el tenor literal conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. Dentro de estos medios, le permite al intérprete acudir a elementos contextuales de la contratación.

Argumento central: El elemento o carácter de absurdidad reviste la trascendencia suficiente para considerar un apartamiento a la norma general. Esta propiedad (absurdidad) no sólo es relevante a juicio del intérprete, sino que, también lo es para el propio sistema normativo en su conjunto, conforme vimos precedentemente.

Causa concreta en el derecho positivo uruguayo

Sebastián Valsecchi y Tomás Ameixeiras

Tema: El artículo 1261 del Código Civil nos dice que la causa es uno de los requisitos esenciales para la validez de los contratos. Así, en su inciso 4° requiere “*Que sea lícita la causa inmediata de la obligación*”. El elemento causa busca dar respuesta a la pregunta “*¿para qué me obligo?*”.

Problema a abordar: Desde la sanción del Código hasta hoy, la doctrina uruguaya ha manejado principalmente tres teorías en relación al elemento causa.

En primer lugar, encontramos la tesis subjetiva clásica, la cual mira a la causa desde la perspectiva individual de cada sujeto. La causa es la finalidad inmediata y abstracta que persigue el sujeto al contratar. Solo es relevante la causa final inmediata, no son relevantes ni las finalidades ulteriores ni los motivos previos. Para esta teoría, la causa como elemento esencial es la de la obligación (no del contrato), así como también es inmediata y abstracta.

Durante mucho tiempo existió consenso en torno a esta teoría, hasta que en la década de los setenta Gamarra importa del Derecho italiano la doctrina objetiva. Esta teoría cambia trascendentalmente el enfoque; la causa ya no es la finalidad subjetiva que persiguen los contratantes sino que es la función económico-social que cumple el contrato. La causa continúa siendo abstracta, por lo que, desde el punto de vista práctico, esta teoría no introdujo grandes cambios.

En los últimos años, de la mano de autores como Gamarra y Blengio, ingresó a nuestro derecho la teoría de la causa concreta. También objetiva (causa del contrato), esta teoría busca indagar en los intereses concretos de las partes. Ahora la causa pasa a ser la función económico-individual del contrato.

Este giro teórico sí genera efectos prácticos; permite a los jueces ingresar al contrato a través de la causa, y sirve como una herramienta de interpretación.

En relación a esta última teoría, y teniendo en cuenta la recepción que ha tenido en los últimos tiempos por doctrina y jurisprudencia, nos planteamos la interrogante de si la causa concreta es compatible con el derecho positivo uruguayo.

Respuesta sugerida: No es posible admitir la teoría de la causa concreta en el derecho positivo uruguayo. A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, nuestro código definió a la causa, y en base de lo que surge de diversas disposiciones (1261 núm. 4, 1287, 1288, entre otras), resulta claro que Narvaja incorporó al texto de la ley la teoría de la causa subjetiva. Esto no responde a una torpeza o inadvertencia del legislador, sino que se trata de una decisión política. A través de una regulación legal de la causa que la vuelve un elemento inocuo, con escasa relevancia práctica, se está evitando que el Estado, a través del juez, ingrese en el contrato a indagar en los móviles internos de los contratantes.

Argumento central: Cuando entramos a analizar las distintas disposiciones en materia de causa de nuestro Código Civil (que nos habla de causa de la obligación, que le quita relevancia a los motivos como regla general, y que es constante para los distintos tipos de contratos, entre otros aspectos), resulta forzoso concluir que la causa concreta es incompatible con el derecho positivo vigente. Si bien han existido esfuerzos por reinterpretar los textos para darle entrada, las mismas no nos resultan satisfactorias. No solo es incompatible con la regulación legal del elemento causa aisladamente considerado, sino que tampoco guarda concordancia con otros institutos del código (como por ej. Interpretación del contrato), cuya regulación es coherente con un elemento causa que prescindiera de los móviles internos de los sujetos.

¡Ufa!, otra vez la causa (en teoría)

Javier Miranda

Tema: Causa de la obligación, causa del contrato. La causa en la dinámica del Derecho.

Problema a abordar: Desde un punto de vista teórico, cómo definir estipulativamente “causa de la obligación” y “causa del contrato”. ¿Qué utilidad tiene esta estipulación para explicar toda la dinámica del Derecho, aún más allá del Derecho Privado Patrimonial?

Respuesta sugerida: (1) La causa es siempre "causa eficiente". La llamada "causa final" es una causa eficiente; (2) Si se quiere hablar de "causa del contrato", ella es aquello que explica el acto voluntario. Esta es un estado mental (motivo, deseo más creencia, intención, finalidad) que da cuenta de porqué el sujeto realiza la acción; (3) Un ordenamiento jurídico positivo puede decidir que se valore la existencia, veracidad o licitud de los motivos "causa" de la manifestación de voluntad, a fin de atribuir o negar validez al contrato. Ello es un problema de derecho positivo que responde a una decisión política. Se tratará de una valoración de estados mentales (subjetivos). Puede, también por razones políticas, prescindir de tal valoración; (4) La percibida como relación causal entre el contrato y la obligación es una relación conceptual (analítica, lógica); (5) La causa de la obligación contractual es el (acto jurídico) contrato; (6) Ilícitud de la causa de la obligación contractual significa ilicitud del contrato; (7) Un contrato es ilícito cuando la norma que es "su contenido" (*rectius*: el significado del acto contrato) es ilícita; (8) Es posible y útil extender el concepto de causa a toda la dinámica del Derecho.

Así, toda *situación jurídica* (con excepción del *poder constituyente*) se caracteriza, por un lado, por el acto jurídico que es su causa; por el otro, por el acto jurídico que es su posible actuación.

A su turno, todo *acto jurídico* es identificable, por un lado, por la situación jurídica de la que es posible actuación y, por otro, por el efecto del que éste es causa (que, en caso de no ser un *acto terminal*, es una situación jurídica).

Argumentos centrales: Se utiliza la expresión “causa” en contextos de explicación. Explicar *un hecho* es dar razones, justificar por qué sucede. (1) El significado de la expresión “causa” es objeto de diferentes estipulaciones. En términos muy generales, se acepta que causa es “el hecho antecedente que da lugar a otro evento”. Esa es la llamada “causa eficiente”. Se ha propuesto otra variante de causa, la así llamada “causa final”: un hecho puede explicarse por la finalidad que persigue el agente. Este tipo de causa tendría mayor capacidad explicativa en ámbitos de la explicación/comprensión de acciones humanas. La causa final presenta, entre otros, el problema de resolver si realmente es distinta de la causa eficiente. Causa final alude a motivos (que pueden asimilarse a intenciones, deseos combinados con creencias...) que justificarían la acción del agente. Estos motivos son antecedentes de la acción que operan en un momento previo a la misma, no en el futuro. Son los actuales deseos y creencias las que explican la acción; no están en el futuro. Esos deseos y creencias actúan como premisas dato que, junto a una premisa ley, conforman un silogismo práctico cuya conclusión es la acción. Esta estructura no es distinta del método de explicación por leyes causales (método nomológico deductivo). (2) La causa eficiente de la voluntad tiene aptitud para explicar el fenómeno físico de la acción, pero no explica por qué eso produce efectos jurídicos. (3) Toda definición sobre la existencia, validez y eficacia de un acto jurídico -también en función de la determinación de cuál es la causa que debe tomarse en cuenta- es producto de una decisión política, no es inmanente al acto. (4) El efecto jurídico es atribuido por una norma (definición de acto jurídico). El contrato es un acto jurídico cuyo efecto es la producción de obligaciones. (5) El contrato es causa necesaria del efecto obligacional. Esto requiere explicar el mecanismo por el cual el contrato “genera” obligaciones. (6) Ilícitud del contrato es ilicitud de la causa de la obligación. (7) Si el significado del acto jurídico contrato es una norma jurídica, ilicitud del contrato significa ilicitud de esa norma.

Los pactos de familia en el marco de los pactos sucesorios

Anarella Porzio

Tema: Problemáticas sociales y económicas han generado el interés por ampliar la esfera de la autonomía privada en el ámbito del derecho sucesorio, introduciéndose diversos dispositivos contractuales tendientes a lograr una planificación patrimonial, en consideración al momento de la muerte, como alternativa o complemento del tradicional testamento. Variables tales como el aumento de la expectativa de vida, la aparición de nuevos modelos de familia y disfunciones del mercado producto de la desaparición de un alto número de pequeñas y medianas empresas una vez fallecido su fundador, ha impulsado lo que se ha denominado la contractualización del derecho sucesorio. Es en ese contexto que se comienza a admitir y regular el pacto de familia en algunos ordenamientos jurídicos tales como el italiano y el argentino. Con este pacto se procura asegurar la continuidad de la actividad de la empresa y evitar que el pasaje generacional de la misma determine su desaparición o la excesiva fragmentación del control y la gestión empresarial.

En ambos regímenes jurídicos analizados el pacto de familia es considerado una excepción a la regla de prohibición de los pactos sucesorios.

Problema a abordar: ¿Es el pacto de familia un pacto sucesorio? ¿Es conveniente su introducción en nuestro ordenamiento jurídico? En caso que se estimara conveniente ¿Cómo armonizarlo con el resto de las disposiciones? En particular, cómo resolver la tensión existente entre el principio de autonomía privada y el orden público sucesorio, expresado a través de la tutela de las legítimas hereditarias y la igualdad de los herederos forzosos.

Respuesta sugerida y argumentos centrales: En ambos sistemas del derecho comparado el pacto de familia es reconducible a la categoría de pactos sucesorios dispositivos, mediante el cual uno de los contratantes dispone (en el sentido amplio del término) sobre un bien determinado o una cuota parte de los bienes pertenecientes a una herencia futura.

El empleo de este tipo contractual, al momento de planificar la sucesión de una empresa, presenta ventajas frente al testamento, negocio jurídico esencialmente revocable, que, aunque se deje conformado los lotes entre sus sucesores, estos recién los adquirirán mortis causa. Ello conlleva natural incertidumbre al futuro sucesor sobre si finalmente se le adjudicará el bien en cuestión.

Los sistemas jurídicos que admiten el pacto de familia, amplían tímidamente el ámbito de autonomía privada. A saber: se otorga poder normativo negocial, no solo al futuro causante, sino a los futuros herederos y los terceros (en la legislación argentina). Se concede a los legitimarios la facultad de renunciar en forma anticipada a su legítima (en la legislación italiana). Se admite el pago de la legítima hereditaria mediante una suma de dinero u otros bienes que no compongan la futura masa hereditaria (en ambas legislaciones).

No obstante, en ninguno de los ordenamientos jurídicos estudiados hay una ruptura con los principios del derecho sucesorio clásico ya que ambos mantienen las legítimas y su régimen de protección.

La introducción del pacto de familia en nuestro sistema jurídico es conciliable con las normas que disciplinan la sucesión hereditaria y en particular la tutela de los legitimarios, salvo algunos puntos controversiales, como la renuncia anticipada de la cuota de legítima y la privación de la acción de reducción de donaciones inoficiosas (cuando el contrato sucesorio es a título gratuito), que requerirían de algún ajuste en nuestro sistema jurídico

La prescripción adquisitiva en situaciones de posesión equívoca, con distinción de la posesión promiscua.

Carlo Bellin

Problemas a abordar: ¿Todas las veces que un condómino o coheredero pretende prescribir un bien *pro indiviso* en detrimento de otro, nos encontramos ante un equívoco posesorio? ¿Por qué si la posesión la realiza un desconocido no genera tanto debate? ¿Incide sobremanera un componente moral que rehusamos admitir? ¿El comunero no tiene ya una cuota ideal del bien sujeto a prescripción, en su bolsillo? ¿El derecho sucesorio es posible que se encuentre alicaído ante proliferación de trámites de Usucapión entre coherederos?

Argumentos centrales: Nos rige el principio de libertad, no existe una prohibición expresa de prescribir al condómino cualquiera sea su especie. Si es cierto, que el art. 1196 CC.: excluye la posesión equívoca. Como logra manifestarse hacia donde se encamina la voluntad del condómino, no queda otra que analizar su conducta exterior, y revisar que los actos posesorios signados por el art. 666 CC., los realiza de forma exclusiva y excluyente de los otros implicados. Criterio mayoritariamente sustentando por Vaz Ferreira y jurisprudencia civil que lo sigue.

Otro apoyo argumental de carácter normativo a favor de la coposesión, lo constituye el art. 1039 CC., que se pronuncia positivamente por la coposesión plural.

Debemos admitir que la expiración de la acción de partición nos enturbia un poco la claridad de las aguas, si la interpretación jurídica en la metáfora es el mar de normas. La alusión concreta es al art. 1150 CC., y mi sendero será caminar hacia que es permitido prescribir unidades patrimoniales concretas al coheredero, nunca la universalidad de derecho. Decidiré que naturaleza jurídica debe adjudicarse al giro legal: “La acción para pedir la partición de la herencia expira...”

No aplica a mi juicio el instituto denominado interversión del título (Art. 1199 CC.) Allí en resumidas cuentas el legislador se ocupa de una persona que muda su ánimo, y pasa de ser mero tenedor –y por ende reconoce la propiedad en otro sujeto- a tener ánimo de dueño y sentirse poseedor. El problema que yo encuentro, es que un condómino o coposeedor ostenta un derecho real, obviamente sin todos los atributos que tiene el propietario individual, en tanto soporta el *jus prohibendi* de su/s condómino/s. En temas importantes debe buscar unanimidades, pero siempre tiene la ruta de escape que le brinda el art. 1115 para salir de la indivisión, y eso lo hace por sí. Por tanto, no es asimilable a mi criterio el instituto de la copropiedad con la mera tenencia, y no es por ahí que debe juzgarse si muda su ánimo.

Prescripción. Causas de interrupción, sus diferencias con la suspensión y los efectos jurídicos.

Luis Francisco Alcaraz

Tema: Interrupción de la Usucapión, las causas que llevan a la misma, sus limitantes, las clases de interrupción y momento en que se hacen efectivas. Se muestra la función de la interrupción natural, la civil y sus efectos.

Se considera importante hacer notar las consecuencias en la instancia de Conciliación y se deja un cuadro comparativo de las diferencias entre interrupción y suspensión.

Problema a abordar: La Prescripción Adquisitiva o Usucapión es un instituto que dedica su regulación para convertir en situación de Derecho a aquello que empezó como de mero hecho, deviniendo al poseedor como titular del Derecho Real. En ese tránsito, la prescripción juega un rol muy importante y dependiendo de la instancia o forma, tiene efectos que pueden cambiar los efectos jurídicos sobre lo que se está prescribiendo o en vías de prescripción.

La prescripción adquisitiva o usucapión en el Derecho uruguayo

Walter Howard

Problemas a abordar: El régimen de la usucapión en el Derecho uruguayo, antes y después de la L.U.C. n.º 19.889.

La usucapión es un modo originario de adquirir. Fundamento de la prescripción adquisitiva: su importancia en la prueba del dominio. Clases de usucapión. Los requisitos de la posesión para la usucapión. Interversión del título. Prueba de la posesión. Accesión de posesiones. La usucapión como acción y como excepción. Cesión de derechos posesorios.

Argumentos centrales: La usucapión es un modo de adquirir originario, en cualquiera de sus especies, lo cual repercute en los medios con que cuenta el titular de la cosa a fin de probar su dominio. Las clases de usucapión son dos: abreviada y prolongada; empero, los principales problemas judiciales se plantean respecto a esta última. Para usucapir es preciso ser poseedor, no pudiendo hacerlo el mero tenedor, esto es, aquel que goza de la cosa, pero con obligación de restitución (art. 653 del C.C.). Discutida la propiedad de un bien, la usucapión puede ser hecha valer como acción o excepción por aquel que poseyó por el tiempo establecido por la ley. No es elemento esencial para la procedencia de la usucapión que el poseedor posea por sí solo todo el período, dado que es admisible la suma de posesiones, en tanto exista transmisiones entre los sucesivos poseedores del bien.

Alteración convencional de los plazos de prescripción extintiva

Jorge Rodríguez Russo

Tema: Prescripción extintiva

Problema a abordar: si en el régimen del Código Civil es posible modificar los plazos de prescripción extintiva de las pretensiones relativas a derechos creditorios, disminuyéndolos, ampliándolos o suspendiéndolos en su curso.

Respuesta sugerida: se considera admisible, dentro de ciertos límites, la alteración de los plazos mediante acuerdo de prescribiente y prescrito.

Argumentos centrales: si bien la prescripción extintiva se fundamenta en la necesidad de poner término a las situaciones de incertidumbre en el ejercicio de los derechos y, por ende, está al servicio de un interés general, esto no significa que toda su disciplina sea inalterable, pues el propio Código prevé la actuación de la autonomía privada a través del reconocimiento y de la renuncia a la prescripción ganada.

A nivel comparado existen tres grandes sistemas al respecto: a) los que establecen la absoluta inderogabilidad de la disciplina (Códigos de Brasil, Argentina, Bolivia, Italia, Portugal, Quebec); b) los que admiten la reducción o extensión de los plazos con ciertas dosificaciones (Códigos de Alemania, Francia, Cataluña, Austria, Principios de Derecho Europeo de los contratos, Principios de Unidroit); c) los que guardan completo silencio (Códigos de Uruguay, Chile y España, entre otros).

La ausencia de una expresa prohibición en nuestro sistema permite que actúe la autonomía privada introduciendo modificaciones a los plazos legales, por tratarse de derechos disponibles. Tres razones lo sustentan: 1) no es un régimen de orden público absoluto, ya que admite la renuncia a la prescripción consumada; 2) la prohibición de renunciar de antemano a la prescripción significa que no pueden convertirse en imprescriptibles derechos que por ley están sujetos a prescripción, pero modificar los plazos no comporta imprescriptibilidad; 3) los pactos modificativos no excluyen la aplicación del instituto, ni vulneran su finalidad; en esencia es una cuestión de límites.

Los pactos reducción la refuerzan, porque permiten eliminar más prontamente el estado de incertidumbre respecto a derechos que han permanecido inactivos e irreconocidos (silencio de la relación jurídica), siendo admitidos en general por la doctrina y la jurisprudencia nacional, siempre que la disminución no coloque al titular del derecho en una situación de excesiva dificultad para su ejercicio por lo exiguo de su extensión.

Los pactos de ampliación, que en general han recibido una respuesta negativa por parte de la doctrina, se consideran admisibles dentro de ciertos márgenes, pues el propio Código permite que la situación de incertidumbre se prolongue más allá del término legal de prescripción, al admitir causas de interrupción y de suspensión de su curso. A diferencia de la caducidad, el término final no es fijo, dado que la interrupción reproduce la *fattispecie* en forma indefinida y la suspensión prolonga el término más allá de su extensión originaria. Por esa razón en la suspensión el Código ha debido poner un punto final a la situación de incertidumbre, estableciendo que transcurridos veinte años ya no se tendrán en cuenta (arts. 1244 y 1569). Con este límite podrán las partes extender el plazo de prescripción extintiva, cuyo término ordinario se redujo a diez años a partir de la ley 19.889.

En la medida que es posible extenderlos, también lo será suspenderlos, pues como dice Albaladejo (La prescripción extintiva, Madrid, 2004: 331), tanto alarga el que alarga como el que deja de contar y luego recomienza, pero sin computar el tiempo que no contó, pues así alejó el momento final. Pero tal suspensión sólo será viable si se determinen las circunstancias concretas y los límites temporales en que ha de operar, resultando inadmisibles una suspensión por tiempo indeterminado dirigida a excluir de forma completa a la prescripción. En materia de caducidad de derechos disponibles la jurisprudencia ha reconocido la validez de la suspensión del término legal por acuerdo de partes (TAC 6°, sent. 197, 1.10.2003, c. 75, ADCU, T. XXXIV).

La Causalidad en la Responsabilidad Civil

Federico Achard y Julieta González

Tema: Causalidad. La relación de causalidad o nexo causal es uno de los elementos necesarios para que exista la responsabilidad civil (contractual o extracontractual) y tanto doctrina como jurisprudencia uruguaya son contestes en que la relación de causalidad «es un puente entre el evento dañoso y su autor» o el «ligamen de causa a efecto entre la acción humana y el daño producido». El nexo causal permite la imputación de la responsabilidad y la delimitación del daño resarcible. La normativa relevante al respecto son los artículos 1319, 1330, 1331 del Código Civil uruguayo y el artículo 4 del Código Penal.

Existe un consenso en que no es posible utilizar la noción de causalidad natural porque es muy amplia y de difícil definición. Es por ello que se elaboraron teorías sustitutivas de la causalidad natural, que limitan a esta última. Las principales teorías doctrinarias utilizadas en nuestro país para determinar cuándo se configura la relación causal son: la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causa eficiente, la de la causa próxima y la teoría de la causalidad adecuada. La teoría de la causa adecuada es, desde hace ya bastante tiempo en nuestro país, la teoría más recibida.

Problema a abordar: ¿Cuál de esas cuatro teorías, u otra, deberíamos aplicar en el derecho uruguayo?

Respuesta sugerida: nuestro Derecho Positivo no consagra expresamente ninguna de las diferentes teorías sobre la causalidad que han sido desarrolladas, más sí excluye la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones (“conditio sine qua non”).

La teoría de la causalidad adecuada es hoy la interpretación más aceptada por nuestra doctrina de las referencias al nexo causal en nuestro derecho positivo. Sin embargo, a nuestro juicio, esa no es la única interpretación posible de los textos legales que refieren al nexo causal. El consenso de la doctrina en torno a la causalidad adecuada no significa que esa sea la única interpretación posible de las normas. Por tanto, debe haber alguna otra razón adicional que los hace inclinarse por esa alternativa entre otras.

Argumentos centrales: nuestro derecho excluye la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones porque en el caso de la concausa, esta teoría conduce al resarcimiento integral a cargo de cada uno de los participantes, ya que cualquiera de las condiciones causa la totalidad del daño. Este postulado es acorde a la responsabilidad solidaria—que sí está prevista en nuestro derecho—más no lo es respecto del principio de responsabilidad proporcional del Artículo 1331 del Código Civil uruguayo.

Los acuerdos reparatorios del conflicto penal y su impacto en sede de responsabilidad civil.

José Luis Nicola Trías

Tema: Responsabilidad.

Problema a abordar: La sanción de la ley 19.436, de fecha 23 de septiembre de 2016, que agrega al nuevo Código del Proceso Penal el libro VI, denominado “Vías alternativas de resolución del conflicto”, establece como figura disruptiva en el Derecho Penal a los llamados acuerdos reparatorios, cuya regulación se encuentra en los arts. 393 y ss del referido Código. El acuerdo reparatorio permite a la víctima de un delito penal y al imputado, arribar a un convenio que extinga el delito, configurando una excepción al principio de obligatoriedad.

Sin perjuicio de su claro impacto en la materia penal, se ha planteado por parte de la doctrina nacional la incidencia de dichos acuerdos en materia civil, específicamente en el juicio de responsabilidad civil.

De este modo, mientras para algunos autores los acuerdos reparatorios no extinguen ni impactan en la pretensión civil, para otros sí, ya sea impidiendo la condena de los daños reclamados o disminuyendo su monto.

Por tanto, el problema se encuentra en el posible impacto de los acuerdos reparatorios en sede de responsabilidad civil, bajo la interrogante de si el juez civil debe o no tenerlo presente al momento de liquidar el daño.

Respuesta sugerida: Los acuerdos reparatorios pueden impactar en el subsistema de responsabilidad civil, determinando que el daño reclamado en un juzgado civil o con competencia en materia civil, no deba ser indemnizado si existió una reparación integral del mismo a través del acuerdo, homologado en un juzgado penal.

En los casos donde el acuerdo solo contemple algún rubro indemnizatorio, como puede ser el daño emergente, dicho acuerdo repercutirá en la condena, donde el juez civil lo deberá considerar al determinar el *quantum debeatur*.

En otros casos, la repercusión puede ser mínima o inexistente, al llegarse a un acuerdo simbólico, aspecto que tampoco descarta su impacto en materia de daño extrapatrimonial. En este sentido, resultará crucial atender a la forma en que se redactó el acuerdo, observar el contenido del mismo y su homologación por sede competente.

Argumentos centrales: El sistema jurídico no constituye un conjunto de compartimentos regulatorios estancos, indiferentes unos de otros.

De este modo, la reforma operada en un subsistema puede impactar en otro u otros, dependiendo de la magnitud de la modificación.

Esto ocurre con la introducción de los acuerdos reparatorios en el subsistema de responsabilidad penal, que implica una vía alternativa de solución del conflicto penal.

El acuerdo reparatorio presenta una evidente naturaleza indemnizatoria, no sancionatoria, constituyendo una vía de justicia restaurativa.

El acuerdo que prevea una reparación integral o parcial del daño civil padecido por el mismo hecho dañoso que causó el conflicto penal, impide que exista una sentencia de condena civil como si nada se hubiera indemnizado, conforme al principio de reparación integral del daño y sobre la base de que debe indemnizarse el daño y nada más que el daño padecido por la víctima.

Daño extrapatrimonial de las personas jurídicas

Victoria Suárez

Tema: Se analiza un tema tradicional, pero atendiendo al desarrollo del “Derecho de Daños”, a la evolución del concepto de “daño” y de “daño extrapatrimonial”, así como a los derechos e intereses jurídicamente reconocidos a las personas jurídicas.

Clásicamente se ha entendido que las personas jurídicas no poseen una esfera “moral” que pueda ser objeto de agravio. Así, considerando un concepto restringido de “daño moral”, se sostiene que las entidades solamente pueden sufrir daños patrimoniales en tanto no tienen aptitud para sentir angustia, dolor, aflicción. A igual conclusión se ha llegado más recientemente conceptualizando a la persona jurídica como una estructura normativa que solamente “se considera” persona para facilitar su actuación.

Sin embargo, ampliando el concepto de “extrapatrimonialidad” se ha admitido la categoría. Aquí surgen dos posicionamientos: uno centrado en la naturaleza de la víctima, admitiendo el daño únicamente en personas jurídicas sin fines de lucro; y otro enfocado en el ámbito perjudicado, que sostiene que las personas jurídicas son pasibles de sufrir daños extrapatrimoniales independientemente de su fin lucrativo.

Por su parte, la jurisprudencia vernácula ampliamente mayoritaria, niega la reparación de este daño sosteniendo los argumentos clásicos. En cambio, los tribunales que reconocen su admisibilidad, son en extremo exigentes con la acreditación del perjuicio.

Problema a abordar: ¿Puede configurarse daño extrapatrimonial en las personas jurídicas? El planteo busca establecer criterios para el análisis de existencia de un daño jurídico resarcible cuando éste no afecte (únicamente) el patrimonio de la entidad.

Respuesta sugerida: Las personas jurídicas, titulares de derechos e intereses que exceden de lo meramente patrimonial, pueden padecer perjuicios extrapatrimoniales. La configuración del daño “extrapatrimonial” no depende de si la víctima es persona física o jurídica, o de su ánimo de lucro, sino del ámbito sobre el cual recae la afectación.

Argumentos centrales: La tutela de la víctima y al principio de reparación integral del daño, constituyen la base de la función reparatoria.

El daño se concibe como el menoscabo a un interés no contrario al Derecho, siendo “víctima” quien fuera titular del interés lesionado. Además, el concepto de “daño jurídicamente reparable” abarca entre sus categorías la del daño extrapatrimonial. De acuerdo con la concepción amplia, que se comparte, éste se configura por el menoscabo que afecte a intereses no patrimoniales.

Separadamente, la persona jurídica es sujeto de derecho, un centro de imputación de normas al igual que las personas físicas y, como tal, es titular de obligaciones, derechos e intereses. En ella confluyen intereses patrimoniales y extrapatrimoniales (reputación, nombre, prestigio, etc.), los que reciben igual tutela en las personas físicas, sociedades y asociaciones con o sin fines de lucro.

Al admitir la existencia de dichos intereses, al conceptualizar al daño como el perjuicio al interés, y al daño extrapatrimonial como aquel derivado de un perjuicio que repercute en un ámbito no patrimonial del sujeto, no surgen objeciones para admitir la configuración de menoscabos que afecten intereses no patrimoniales de la persona jurídica. Por tanto, es concebible el daño extrapatrimonial cuya víctima sea una entidad en sí misma considerada, como sujeto de derecho que es y que la hace titular de intereses no reprochables por el ordenamiento.

El hecho de que el daño extrapatrimonial conlleve consecuencias patrimoniales también dañosas, no inhibe la existencia del primero, ni impide su reparación. Se trata de daños distintos, por recaer sobre intereses diferentes, aunque (eventualmente) originados por un mismo hecho.

Es resarcible el daño a la vida (como daño extrapatrimonial objetivo, incluso en caso de muerte instantánea del damnificado)

Miguel Dovat

Tema: El daño a la vida (daño pérdida de la vida) es el que ocurre cuando una persona muere por causa de un hecho ilícito. Un caso posible de daño a la vida es aquel en que la persona muere instantáneamente, sin que pueda tomar conciencia. Es el llamado daño mortal, al cual me voy a referir. El daño causado es el que sufre el mismo sujeto. No se está pensando el daño por rebote.

Problema a abordar: El daño mortal, en tanto daño extrapatrimonial, ¿es resarcible?

Respuesta sugerida: Sí, es resarcible, como daño extrapatrimonial (objetivo), reclamable *iure hereditatis*.

Argumentos centrales: Los argumentos de doctrina y jurisprudencia contrarios a la reparación de este “daño pérdida de la vida”, son:

1) Derecho personalísimo: Se expresa un primer argumento “...basándose en que se trata de un derecho personalísimo del dañado, cuya reparación no puede ser reconocida a los herederos”. Refutación: Se rebate que el derecho a la vida (art. 7, Constitución), personalísimo, intransmisible, no se debe confundir con otro derecho diferente, el de un simple derecho personal (art. 473 Código Civil), que se transmite a los herederos de la víctima (*iure hereditatis*), como no puede ser de otra manera.

2) Pérdida de la capacidad jurídica: Se invoca como razón decisiva que el derecho al resarcimiento no puede entrar en el patrimonio de la persona lesionada (y luego transmitirse a los herederos), porque el hecho lesivo implica la muerte instantánea, que provoca “la pérdida de la capacidad jurídica” de la víctima, que nunca adquiere el derecho pues muere al momento que nacería. Refutación: ¿Por qué no ver las cosas al revés? El sujeto está vivo cuando el daño lo impacta y en ese momento coexiste daño y persona. En última instancia es una cuestión de distancias temporales puramente lógicas (difícilmente discernibles en el plano fáctico), que pueden decidirse en los dos sentidos (pro víctima o pro ofensor), ¿por qué no hacerlo en favor de la víctima? La vida y capacidad jurídica las gozaba la víctima, hasta que la impacta el daño mortal, como “daño consecuencia” causado por el evento dañoso; que le es imputable al ofensor, y no a la parte damnificada.

3) En cuanto al argumento que sostiene que la función sería sancionatoria, se refuta que es indemnizatoria, no de castigo o venganza, se está reparando un daño extrapatrimonial objetivo.

Reflexiones sobre el Pacto de Reserva de Dominio

Jorge Achard

Tema: Pacto de Reserva de Dominio.

Problema a abordar: El problema del Pacto de Reserva de Dominio (PRD) consiste en determinar si las partes pueden o no disponer que la propiedad se transfiera, a pesar de la entrega ya efectuada, hasta tanto el comprador haya satisfecho el precio.

Actualmente la posición que interpreta el art. 1732 como prohibitiva del PRD es mayoritaria lo que lleva a que, salvo que exista ley expresa, este tipo de negocios o similares no sea aceptado.

A mi juicio el principal problema de la teoría prohibicionista es qué sucede con el tercero de buena fe, especialmente los acreedores del vendedor, situación que no ha sido correctamente explicada por los defensores de la postura tradicional.

Los efectos de aceptar una u otra teoría serán la protección del comprador, del vendedor y/o de los terceros, dependiendo del lugar ocupado en el negocio.

Respuesta: el PRD es un negocio válido y eficaz entre las partes contratantes de la compraventa, pero el propietario no tendrá acción reivindicatoria ante terceros. Su eficacia alcanza a las partes del contrato, no a terceros. No existe contradicción alguna entre las normas estudiadas (1732, 769, 775).

Tesis tradicional mayoritaria uruguaya: Invalidez. El art. 1732 establece una prohibición al limitar los efectos de un pacto de reserva de dominio a lo previsto en el art. 1731, excluyendo la acción reivindicatoria. Sin acción reivindicatoria no puede entenderse que exista dominio, y no hay dominio porque el mismo fue transferido con la tradición. Esta prohibición debe armonizarse con lo previsto en el art. 769 que prevé en el inciso 4^a que prevé que para transmitir el dominio en el contrato de venta debe haber pago de precio o plazo. Peirano, Guillot, Amézaga, Cestau, Gamarra y Ordoqui apoyan esta tesis.

Tesis minoritaria: validez. El art. 1732 no establece ninguna prohibición. El PRD es válido y eficaz entre las partes. Sostienen esta postura: Araujo, Gorfinkel, Del Campo, Sconfianza. Argumentos sostenidos: (i) El art. 1732 se contradice con el 769 en el que para transferir el dominio se debe abonar el precio. Debe prevalecer el 769 ya que el 1732 se debe a un error del legislador (Araujo); (ii) Debe prevalecer la autonomía de la voluntad (Gorfinkel); (iii) Una prohibición debe establecerse a texto expreso (Sconfianza – Del Campo); (iv) Estamos ante una condición resolutoria asimilable al Pacto Comisorio pero con efectos en el negocio dispositivo (tradición), no en el obligacional. 758 + 769 n°4 (Sconfianza); (iv) Condicionar la transferencia del dominio al pago del precio es válido ya que así lo establece el 769 y no lo prohíbe el 1732. Aplica 775 (Del Campo).

Respuesta sugerida: En mi opinión es válida y eficaz.

Argumentos centrales: 1. La postura por la invalidez no respeta el texto legal. El art. 1732 establece que el PRD produce efectos, si produce efectos, es válido. 2. El derecho de propiedad se mantiene, solo se limitan los efectos del PRD. 3. No existe contradicción entre el 1732 y el 769. Uno refiere al negocio obligacional otro al dispositivo y son coherentes entre sí. 4. Limitar el 769 al pago al contado es establecer una limitación no prevista en la ley ni derivada de ningún principio. 5. La posibilidad de no hacer la tradición está prevista en el 775 y su consecuencia no es la transferencia sino la prescripción. 6. Transmitir la propiedad no es una obligación esencial de la compraventa (1686).

Cláusulas abusivas, contratos asimétricos y la teoría finalista mitigada

Mariana Barúa

Tema: Las cláusulas abusivas son aquellas cláusulas que generan un desequilibrio significativo e injustificado entre los derechos y las obligaciones de las partes contratantes.

Problema a abordar: Actualmente la regulación de las cláusulas abusivas en el Uruguay se encuentra acotada a los contratos de adhesión, que a su vez sean contratos de consumo, y que se celebren con personas físicas (son excepcionales los casos en que se considera como consumidor final a una persona jurídica o a un profesional).

Respuesta sugerida: Proponemos realizar una interpretación amplia del consumidor final.

Asimismo, consideramos que debería aplicarse analógicamente la ley 17.250 a contratos que no sean de adhesión o que no sean de consumo, cuando los mismos presenten cláusulas abusivas y exista una parte vulnerable. Por otro lado, entendemos que sería aconsejable adoptar la teoría de los contratos asimétricos. Asimismo, otra forma de combatir las cláusulas abusivas sería a través de los principios generales del derecho. Finalmente, entendemos que sería conveniente analizar la posibilidad de una nueva regulación de las cláusulas abusivas.

Argumentos centrales: Existen contratos que no son de adhesión, o que no son de consumo, y que son susceptibles de contener cláusulas abusivas. Por esta razón, entendemos que deberían existir criterios más amplios, al momento de analizar la abusividad de una cláusula, a fin de poder llegar a resultados más justos. Este trabajo busca ampliar los criterios para determinar la abusividad de una cláusula. Para ello, proponemos analizar los siguientes puntos:

- Criterio amplio del consumo empresarial: En primer lugar, entendemos -junto con Szafir y Blengio- que la Ley 17.250 sí le es aplicable a los profesionales o a las empresas que adquieran bienes o servicios, siempre que los mismos no sean integrados -materialmente- a una producción o comercialización.

- Aplicación analógica de la ley 17.250: Existen contratos que no son de adhesión, y otros que no son de consumo, en los que se puede dar el fenómeno de las cláusulas abusivas. Dado que esta situación no se encuentra regulada por la ley, entendemos que es posible la aplicación analógica de la ley 17.250 al caso en cuestión. Este planteo es aceptado por Gamarra, Blengio, De Cores, Venturini y Szafir, y ya existen fallos que aceptan la posibilidad de dicha aplicación analógica.

- Teoría finalista mitigada y Contratos Asimétricos: En Brasil, los Jueces consideraron que el espíritu del Código de Defensa del Consumidor no era el de defender al consumidor final, sino al consumidor vulnerable. Por ello, a partir del año 2005 se creó la Teoría Finalista Mitigada, por la cual se establece la presunción de que cualquier consumidor es vulnerable, y en el caso del consumidor intermedio (no final) el proveedor deberá demostrar que el consumidor no era vulnerable al contratar, para que el Código no le sea aplicable. En Uruguay, Blengio y Larrañaga, plantearon una tesis similar, denominada Contratos Asimétricos. Según esta teoría, la normativa referida a la defensa del consumidor le es aplicable al consumidor intermedio, siempre y cuando éste demuestre que al contratar, se encontraba en una situación de vulnerabilidad.

- Principios Generales del Derecho: Las cláusulas abusivas vulneran los principios de buena fe y de igualdad, y a través de las mismas se incurre en un claro abuso del derecho.

- Regulación de las Cláusulas Abusivas. Lege ferenda. Entendemos que el ordenamiento jurídico uruguayo debería regular las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, sin requerir que los mismos sean de consumo, y en los contratos de consumo, sin requerir que sean a su vez de adhesión.

Antecedentes del enriquecimiento sin causa en el derecho civil uruguayo

Javier Berdaguer

Tema: Los cuasicontratos son una de las fuentes de las obligaciones reconocidas en el Art. 1246 del Código Civil Uruguayo de 1868 (CCU), encontrándose regulados específicamente en los Arts. 1308 a 1318 (Título I, Capítulo II del Libro IV). Actualmente se entiende que este Capítulo incluye tres figuras: enriquecimiento sin causa (Art. 1308), gestión de negocios ajenos (Arts. 1309 a 1311) y pago de lo indebido (Arts. 1312 a 1318). El estudio de los antecedentes y evolución del art. 1308 demuestra que se han ensayado varias lecturas sobre esta disposición.

Problema a abordar: Se analizará qué razones y finalidades explican la introducción del art. 1308 CCU, enfocando la atención en los antecedentes (fuentes directas e indirectas) de la disposición, a los efectos de analizar si favorecen alguna de las lecturas brindadas.

Respuesta sugerida: El estudio de los antecedentes del art. 1308 sugiere que, en el diseño original, la disposición tuvo por finalidad incluir una definición general de los cuasicontratos, que fue la primera lectura ofrecida por la doctrina uruguaya. Este entendimiento se apoya en las fuentes de las que se tomó la redacción del art. 1308 y en especial de algunos autores de la escuela de la exégesis francesa, aunque el origen, en realidad, es mucho más antiguo, pues se puede rastrear a través de la escuela jusracionalista hasta el Corpus de Justiniano y el derecho romano clásico. De acuerdo con sus antecedentes, el art. 1308 se enmarca en una línea doctrinaria caracterizada por la tendencia a vincular la noción de cuasicontrato con las obligaciones que surgen como consecuencia del derecho de propiedad, y que emparentan la noción de cuasicontrato con la equidad natural, y más específicamente el principio que impide el enriquecimiento a expensas de otro. De acuerdo con esta noción, los cuasicontratos son además una categoría abierta (no taxativa). Sin embargo, la evolución de la cuestión del enriquecimiento en nuestro país tuvo un giro en la primera mitad del siglo XX, dejándose de lado la orientación original, para ligarlo (tal vez, servilmente) a línea doctrinaria de la acción de “in rem verso” impulsada por los comentaristas franceses de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, con la consiguiente dogmática del “enriquecimiento sin causa”, que es -probablemente- ajena al diseño original. Este giro encontró en el art. 1308 un texto favorable para su acogimiento, pero implicó una discontinuidad entre el diseño del código y la doctrina y jurisprudencia uruguaya.

Argumento central: El argumento central es que el actual art. 1308 del Código Civil Uruguayo (1868) proviene del art. 1587 del Proyecto de Eduardo Acevedo (1852), que a su vez reproduce (con leves variantes) la definición de cuasicontrato que brindó Charles Toullier (1824), al comentar el Código Civil Francés. Tal definición de Toullier aparece en un contexto donde el autor ensaya varias aclaraciones acerca del alcance de esta noción que resultan relevantes para la interpretación de la finalidad perseguida por el art. 1308, al mismo tiempo que emparenta esta noción con una rica historia que se remonta al derecho romano.

La aplicación del Sistema de Responsabilidad Civil a los daños ocasionados como consecuencia de hechos categorizados como violencia de género

Mariana Rolón

Tema: La regulación en materia de Género la encontramos a nivel internacional en Convención de la CEDAW y Convención de Belén do Pará ratificadas por el Estado Uruguayo y en el ámbito interno en las leyes 19.580 de fecha 22 de diciembre de 2017, y 19.846 de 19 de diciembre de 2019.

La normativa establece a la violencia de género precisamente como el género del cual la violencia doméstica es una especie.

La ley 19.580 no estableció un régimen específico para la reclamación de la reparación de los daños que se produzcan como consecuencia de la violencia de género, sino que se limitó a establecer en el art. 80 que la sentencia penal de condena habrá de imponer un resarcimiento a la víctima; se trata de una disposición de aplicación específica y respecto de la cual no puede a contrario sensu interpretarse que la reparación patrimonial se realice únicamente en la órbita penal, ni mucho menos que ello obste la persecución de la vía civil cuando no hay vía penal.

Por tanto, es de aplicación el Código Civil Uruguayo, siendo de aplicación las normas del subtipo responsabilidad extracontractual, que como es sabido nace ante la violación del deber genérico de no dañar.

Problema a abordar: Teniendo presente que los elementos de la Responsabilidad Civil se manifiestan en estos supuestos de forma singular, debemos establecer si la regulación existente es idónea y suficiente.

Respuesta sugerida: Con relación a la problemática nos encontramos con una limitante en lo atinente al plazo de prescripción de la acción, para lo cual una posible solución estaría en la aplicación de la teoría del hecho ilícito continuado.

Sin embargo, si bien en apariencia con la aplicación de la teoría del hecho ilícito continuado se solucionaría este problema, ello dejaría al arbitrio de los jueces su aplicación, no siendo lo deseable, por lo que se hace necesario un régimen específico de prescripción, ya sea aumentándose el plazo, fijándose un sistema de cómputo especial, o incluso dispensándose de la misma, sin perjuicio que no escapa a nuestro conocimiento los elementos de seguridad jurídica que todo ordenamiento debe registrar.

Por otra parte, se debería abordar una limitación a la aplicación en estos casos del “*consentimiento de la víctima*” o “*aquiescencia del damnificado*” como circunstancia que elimina la ilicitud.

Sería necesario efectivizar la modificación del Código Civil y cambiar el parámetro de conducta del “buen padre de familia” por el de “persona razonable”.

En suma, correspondería aplicar las normas del Subsistema de Responsabilidad Civil Extracontractual, con las modificaciones legislativas respectivas.

Argumentos centrales: Las particularidades que implica el fenómeno de la violencia doméstica, principalmente la especial vulnerabilidad de la víctima que se encuentra inmersa en lo que ha dado a llamarse “ciclo de la violencia” conlleva una limitación importante al acceso a la justicia civil; por lo que con las modificaciones propuestas se lograría que los casos de resarcimiento de daños pueda efectivizarse logrando la reparación de los perjuicios.

Interpretación precautoria en el Derecho privado uruguayo.

Santiago Mirande

Tema: La necesidad de criterios o pautas de interpretación jurídica complementarios o alternativos sobre textos normativos referidos a subsistemas específicos del Derecho privado, como los daños al ambiente y al consumidor.

Problema a abordar: A diferencia de otros sistemas jurídicos extranjeros, el Derecho Privado uruguayo se encuentra en una etapa de descodificación. Distintos temas están siendo regulados desde hace décadas mediante normas jurídicas particulares. En especial, las cuestiones atinentes a los daños al ambiente. Estos, a su vez se vinculan a la defensa del consumidor mediante el denominado consumo ambiental. Se trata de normas jurídicas dispersas, antinómicas y abundantes vinculadas a cuestiones de orden público, como la salud socioambiental. Se advierte la necesidad de posibles nuevos abordajes teóricos y técnicas dogmáticas para su interpretación o reinterpretación. Ello puede incidir en la teoría y práctica del Derecho privado contractual y de daños. La precaución ha brindado algunas soluciones. Tuvo su origen en el Derecho alemán ambiental y se expandió mediante normas jurídicas internacionales desde 1972. En el sistema uruguayo fue prevista expresamente en el literal B del art. 6 de la Nro. 17.283, de 28/11/2000. Sin embargo, presenta algunas patologías en la práctica a través de tres problemas básicos: su no aplicación; su aplicación invertida y su bloqueo.

Respuesta sugerida: La precaución puede operar en el ámbito de la anticipación de daños mediante la adopción de medidas preventivas pese a la falta de certeza o información científica. También puede operar en otros dos ámbitos: i) mediante la información precautoria sobre productos que se colocan en el mercado (arts. 7 a 9 de la Ley Nro. 17.250); ii) mediante la interpretación precautoria de textos normativos vinculados al ambiente. La propuesta que se sugiere como respuesta al problema planteado es considerar la incidencia de la precaución como pauta interpretativa de textos normativos, tanto contractuales como legales.

Argumentos centrales: Los subsistemas de daños al ambiente y al consumo pueden vincularse entre sí. A su vez, la precaución puede expandirse desde el primero hacia el segundo; así como quizá a otros ámbitos del Derecho Privado.

La propuesta o proposición de interpretación precautoria puede construirse a partir de la deconstrucción de conceptos clásicos del Derecho Privado y, en especial, a partir de textos normativos expresos del sistema jurídico uruguayo (del art. 6 de la Nro. 17.283, de 28/11/2000).

La diferenciación de la interpretación precautoria respecto de otras pautas de interpretación y reinterpretación jurídica, así como de la denominada *in dubio pro natura*, puede brindar una herramienta útil y provisoria en el actual estado de situación que permita interpretar tales textos normativos de manera protectora del ambiente y del consumidor.

Precaución de daños. Teoría y práctica en el Derecho uruguayo

Hugo Díaz Fernández

Tema: Precaución de daños

Problema a abordar: Se analiza si en nuestro Derecho la precaución de daños es un sistema de prevención de daños en general o solo un principio ambiental.

Respuesta sugerida: El sistema de precaución de daños es un sistema de prevención de daños en general, aplicable a cualquier riesgo significativo de daño grave.

Argumentos centrales: El sistema de precaución de daños es un sistema de prevención de daños basado en el principio de precaución. Este principio se encuentra expresamente previsto en normas internacionales y leyes nacionales en materia ambiental, e implícitamente en los derechos fundamentales a la indemnidad y a la seguridad. Si bien el principio de precaución se erige desde la materia ambiental, desde sus orígenes se aplicó en materia sanitaria y de seguridad alimentaria. Sustentando el principio de precaución en los derechos fundamentales a la indemnidad y seguridad, puede sostenerse su aplicación generalizada a cualquier caso de riesgo significativo de daño grave, erigiéndose así un sistema de prevención de daños aplicable a casos de riesgo incierto. Este sistema de precaución de daños es aplicable a casos de riesgo significativo de daño grave, en distinción a riesgo probabilístico de daños en general.

En Uruguay, se ha aplicado el principio de precaución por parte de la Administración y por la jurisprudencia a casos de prevención de daños ambientales, de daños a la salud a través del ambiente, de daños a la salud por medicamentos, de daños a la integridad psicofísica en materia de familia. Si bien no hay gran desarrollo en la aplicación de este sistema, las soluciones prácticas existentes son concordantes con las soluciones teóricas.

Penas punitivas: ¿Por qué interpretamos que el legislador viene acudiendo a estas herramientas para prevenir y/o castigar ilicitudes?

Laura Sasías

Tema: Derecho de Daños. Responsabilidad Civil. Sancionabilidad. Penas punitivas

Problema a abordar: Visualizamos determinadas normas que se suman al caudal de nuestro Derecho, que buscan objetivos garantistas de ambientes saludables, para colectivos de trabajo y de estudio, protegiendo asimismo a sujetos vulnerables. Pero fundamentalmente, las normas que aludimos se focalizan en aquél sujeto que incumple tales normas, y que por tanto será pasible de sufrir como castigo, la imposición de penas pecuniarias. Nos estamos refiriendo a vía de ejemplo a las leyes 18.561[1], 19.580[2], 19.849[3], entre otras.

Estos objetivos marcados por estas normas –“...*fiel reflejo de una sociedad fragmentaria...*”[4], buscan concretarse tanto desde la prevención como desde la sanción. Porque la prevención[5] va de la mano con la sanción, la que cabe imponer al sujeto incumplidor, con penas pecuniarias, en función de sus ingresos o salario; independiente al daño que haya podido sufrir la persona destinataria, e incluso sin necesidad de probar haber sufrido daño aún. Porque desde estas normas no se está volviendo a regular situaciones de responsabilidad civil, sino por el contrario estas normas regulan otras acciones que se le vienen a sumar, pasando a formar parte también del *Derecho de Daños*.

Efectivamente, nos adherimos a posiciones doctrinarias que marcan funciones distintas las de la responsabilidad civil y las penas privadas, pero que bien pueden ambos sub sistemas ubicarse dentro del sistema mayor “derecho de daños”.

Respuesta sugerida: No ignorar, no temer ni castigar al sistema de las penas punitivas o penas privadas, que bien pueden ser una herramienta legítima y eficaz para prevenir determinadas inconductas, las cuales atentan contra principios fundamentales del sujeto viviendo y desarrollándose en colectivos y dentro de la sociedad. Pero lo destacable de estos casos de penas punitivas diseñadas por el legislador, es que tienen base legal y específica.

Argumentos centrales: El sistema de responsabilidad civil (eminentemente centrado en reparar todos los daños sufridos por otro) puede convivir en armonía con el sistema de la sancionabilidad, que por el contrario pone el foco en el sujeto que incurre en la ilicitud, sancionándolo pecuniariamente, independientemente a si se concretó el hecho e incluso sin necesidad de probar daño alguno. Porque sus objetivos no son reparatorios o indemnizatorios, sino garantistas de ambientes saludables, libres de violencias de toda especie. El legislador acude a estas herramientas preventivas y sancionatorias para cumplir con aquellos objetivos superiores, como lo son garantizar ambientes de trabajo y de estudio sin violencias. Pero estos objetivos se cumplen a través de normas claras y concisas, donde hay poco margen de discrecionalidad para la labor judicial.

[1] Acoso sexual. Normas para la prevención y sanción en el ámbito laboral y en las relaciones docente-alumno.

[2] Ley de Violencia hacia las mujeres basada en género...

[3] Aprobación de Convenio del Trabajo N°190, sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo

[4] Rodríguez Russo, Jorge. “Código Civil y dispersión legislativa”. Revista Facultad de Derecho. N°29. Año 2010. El autor reflexiona sobre la “...*dispersión y los defectos de técnica legislativa en estos últimos diez años...*” que “...*revela también la proliferación de normas con una creciente apelación a las definiciones...*” (pág. 19)

[5] Mangarelli, Cristina. “*Importancia de la prevención...(como)...obligación ...a cargo del empleador...de seguridad e higiene...*”. Pág. 34. Acoso y violencia en el trabajo. Enfoque jurídico. FCU. 2021

Panorama de la cuantificación del lucro cesante futuro por incapacidad permanente y muerte en la jurisprudencia uruguaya

Mercedes Vilaró Luna

Tema: Derecho de daños

Problema a abordar: Si bien los artículos 1323 y 1345 del Código civil refieren al lucro cesante como daño resarcible, el legislador no ha establecido criterios para su cuantificación. Ante la ausencia de normas, la Suprema Corte de Justicia sostiene que la materia pertenece a los poderes discrecionales del juez y si la fijación de los criterios es razonable queda fuera del control de casación. El presente trabajo pretende relevar, en una perspectiva descriptiva, qué criterios se emplean en la jurisprudencia uruguaya. En una perspectiva prospectiva, cómo podría unificarse los criterios asegurando el respeto del principio de reparación integral del daño.

Respuesta sugerida: Ante la ausencia de normas especiales, la jurisprudencia ha debido desarrollar una multiplicidad de criterios y pautas de cuantificación, que en ocasiones resultan seriamente contradictorios. Esto provoca una grave situación de desigualdad entre las víctimas. Es necesario revisar dichos criterios y evaluar la conveniencia de contar con soluciones con alcance general que los sustituyan.

Argumentos centrales: Se realizó una reseña de la jurisprudencia nacional más reciente.

En la jurisprudencia actual, no se encuentra tanto la aplicación general de la liquidación equitativa para fijar el lucro cesante, pero sí se recurre a las “reglas de la experiencia” o a “modo equitativo” para fijar las bases del cálculo de un ingreso difícil de establecer. Se cita así que la ausencia de certeza no es obstáculo y debe hacerse una liquidación imperfecta, estimativa y discrecional de acuerdo a un principio de razonabilidad según prudente arbitrio.

Fuera de dichas hipótesis, la jurisprudencia emplea fundamentalmente tres métodos de cálculo: la matemática lineal, la matemática financiera y la fórmula capital y renta (que se confunde con la segunda).

Se constata dos formas de establecer la condena de indemnización, con subvariantes: el pago de una renta y el pago de un capital. Este puede sufrir una detracción por pago anticipado de intereses de hasta un 30%, dependiendo del tribunal. Algunas sentencias establecen la condena por matemática lineal sin imponer ningún descuento, en el entendido (discutido) de que la inflación compensa el anticipo de los intereses. En otras en cambio se establece la condena por matemática lineal con descuento por pago anticipado, con una enorme variabilidad de tasas de descuento (incluso en un mismo tribunal) que van entre el 15% y el 30%.

Los criterios respecto de las bases de cuantificación (ingresos, período, porcentaje de incapacidad, etc) también son variados pero guardan más estrecha relación con la normal valoración de la prueba. Los tribunales difieren respecto del descuento de las prestaciones de seguridad social. En cuanto al período contemplado, en general la edad tope es fijada en relación a la expectativa de vida útil o laboral, salvo cuando se reclama el aporte por jubilación. De forma muy excepcional se toma en cuenta la expectativa de vida. Se observa una gran variabilidad de criterios tratándose de la edad de los dependientes en daño por rebote.

Ante la ausencia de toma de partido de parte del legislador, los jueces se ven obligados a fijar criterios que inevitablemente varían mucho de un tribunal a otro. Aún estando fundado el criterio del tribunal, la desigualdad que se produce es difícilmente justificable ante los justiciables.

Problemas actuales vinculados a la responsabilidad por hecho ajeno

Elías Mantero Mauri, Aparicio Howard y Alfredo Frigerio

Tema: El instituto de la llamada responsabilidad por hecho ajeno se ubica en los artículos 1324 y 1326 del Código Civil. En la visión doctrinaria y jurisprudencial actual esta responsabilidad supone que existe un responsable directo por hecho propio y un responsable indirecto que responde por el hecho del primero, acumulativamente con éste. La responsabilidad del responsable directo es una responsabilidad subjetiva, basada en la culpa regida por el art. 1319 del Código Civil. La determinación de la responsabilidad del responsable directo por haberse acreditado la culpa de éste es un presupuesto para que pueda activarse la responsabilidad de quien responde indirectamente. Pero este último no responde por culpa sino por la circunstancia completamente ajena al evento dañoso de que el causante directo del daño se encuentra en la esfera de su autoridad (la “potestad” de los padres sobre sus hijos menores; la “autoridad” del tutor” sobre el pupilo; la “vigilancia” del director de colegio y del maestro artesano sobre sus alumnos o aprendices; la dependencia del empleado frente al empresario”). Es decir, la responsabilidad del responsable indirecto es objetiva pues no se requiere su culpa para que la misma le sea imputada.

Problemas a abordar: Cuestiones relacionadas con la responsabilidad por hecho ajeno que, a nuestro juicio presentan problemas en su resolución actual y sobre los que puede adoptarse una interpretación contraria a la actualmente mayoritaria. Se realiza un examen crítico: (a) de la acción de regreso del empleador contra el empleado por la indemnización pagada a la víctima; (b) del fundamento de la responsabilidad por hecho ajeno; y, (c) de la responsabilidad del empleador en caso de abuso de funciones del empleado.

Respuestas sugeridas: (a) la acción de regreso no es procedente cuando el empleado ha obrado con culpa leve en el ejercicio de sus funciones, el empleador solo puede repetir cuando el empleado ha obrado con dolo o culpa grave; (b) la responsabilidad objetiva no es con carácter general una solución adecuada, al menos para todos los supuestos de responsabilidad previstos por el art. 1324 del Código Civil; y, (c) el empresario no es responsable por los hechos del empleado que no tienen vinculación objetiva alguna con su función, que han sido realizados por el empleado por su cuenta y en su interés.

Argumentos centrales: Respecto a la acción de regreso del empleador contra el empleado por la indemnización pagada a la víctima, el principio de ajenidad en los riesgos que rige la relación laboral se presenta como un obstáculo para admitir la acción de repetición del empleador contra el trabajador. Desde la perspectiva del Derecho Civil, el desplazamiento de los riesgos de la actividad al empleador forma parte de la relación de equivalencia del contrato: el sinalagma. El empleador es quien percibe la ganancia de la actividad y es también quien debe soportar los perjuicios que dicha actividad causa. El empleador solo puede entablar la acción de regreso contra el empleado cuando este incurrió en dolo o culpa grave, tal como lo prevé el art. 25 de la Constitución. Con relación al fundamento de la responsabilidad por hecho ajeno, se propone una lectura alternativa del art. 1326 del Código Civil, norma clave sobre la cual se ha elaborado la naturaleza objetiva de la responsabilidad por hecho ajeno y se consideran las diferencias entre la situación del empleador y la de los restantes sujetos indicados por el art. 1324 (padres, tutores y directores de colegios). En lo que refiere a la irresponsabilidad del empleador por el abuso de funciones del dependiente, el argumento central reside en los propios términos del inc. 5º del art. 1324: “en el servicio de los ramos en que los tuviesen empleados”. El empleador no responde por su sola calidad de tal, sino que por tratarse de daños causados por los dependientes en el ejercicio de las funciones para las que fueron empleados. Por consiguiente, el empleador no responde civilmente si el dependiente actúa en su esfera privada, por su propia cuenta y en su exclusivo interés, sin vinculación objetiva alguna con el empleador.

Anteproyecto de Ley de sustitución de la expresión buen padre de familia en la definición de la culpa en el Código Civil y otras Leyes

Aprobado por el Instituto de Derecho Civil II-III de la UDELAR en Sala del 22 de octubre de 2021

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Los usos lingüísticos y el léxico, empleados tanto en la ley como en otros planos, no tienen la capacidad de dañar inmediatamente que poseen otros actos de discriminación. Sin embargo, su incidencia en la construcción de desigualdades erosiona silenciosamente las aspiraciones de igualdad en lo cotidiano y en el largo plazo.

El presente Proyecto de Ley se origina en el marco de la Resolución N° 54 del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República del 12 de febrero de 2020, la cual dispuso la realización de actividades con perspectiva de género en todos los Institutos de la Facultad.

En ese contexto, el Instituto de Derecho Civil Sala II-III, con el apoyo del Área de Derecho Privado de la misma Facultad, decidió tratar la definición de la culpa civil, lo cual se efectivizó en sesión académica el 25 de mayo de 2021, generándose un consenso básico sobre la pertinencia del cambio de la forma en que se expresa dicha definición.

Entre los símbolos de las desigualdades de género y otras se encuentra la manera en que la ley expresa el estándar de la culpa en el derecho civil, que constituye en esta materia, el derecho común. El Art. 1344 del Código Civil establece que: “Se entiende por culpa la falta del debido cuidado o diligencia. Puede ser grave o leve. Sea que el negocio interese a una sola de las partes, ya tenga por objeto la utilidad común de ellas, sujeta al obligado a toda la diligencia de un buen padre de familia, esto es, a prestar la culpa leve.”

La figura del buen padre de familia ya desde hace largo tiempo no es asociada con la idea de discriminación por la dogmática jurídica privatista. Ello se ha debido a que su significado ha mudado notoriamente con el tiempo. Hoy es una expresión arcaica a cuyo significado original no se presta atención.

Sin embargo, en una mirada externa a la técnica, la expresión buen padre de familia posee varias dimensiones simbólicas discriminatorias. En efecto, la expresión sirve para identificar en el derecho común “el debido cuidado o diligencia”. Por tanto, constituye un modelo de persona que se presenta como superior a otras. Para saber cómo se debe

actuar, nos dice la norma, se debe pensar en lo que haría un buen padre de familia. Esta expresión podría ser leída como discriminatoria en al menos tres o cuatro sentidos.

Por un lado, tomada a valor nominal, la expresión prefiere a los padres sobre las madres. Esto es, a los hombres sobre las mujeres, y en ese sentido es discriminatoria desde una perspectiva de género. Este es el dato más obvio y en su torno se han concentrado ya algunas voces para condenarlo.

Por otra parte, hay más jerarquizaciones presupuestas en la expresión a estudio. El hombre es preferido sobre la mujer, pero también quien tiene hijos es preferido sobre quien no los tiene. Esa denotación es clara, pero tiene, a su vez, dos connotaciones ulteriores. Primero, dicho grosso modo, se considera superiores a los casados o los que forman pareja sobre las personas solteras o solas. Segundo, esto, a su vez, podría connotar la preferencia de la persona adulta (que “ha formado familia”) sobre la juventud. Es cierto que la familia es la base de nuestra sociedad, como indica la Constitución, pero eso no justifica que solo se tome como modelo a los padres de familia.

En tercer lugar, hay un último resabio antiguo. Los padres de familia tomados como modelo son los “buenos”. Esto presupone un criterio moral por el cual separarlos de los malos. No hay buenas o malas personas, sino personas que actúan bien o mal. Además, esto es lo clave, en una

sociedad pluralista en el plano moral, es peligroso comenzar a trazar este tipo de fronteras que pertenecen a épocas con menores niveles de aceptación de la diversidad de visiones del mundo propia de las sociedades modernas.

Aunque no sea ya la intención, la expresión evoca con facilidad a un hombre en su madurez, “jefe de familia”, a la cabeza de su mujer e hijos. El técnico sabe que ese significado arcaico ha sido modificado en la práctica por el paso del tiempo, y el sentido que le han ido dando la doctrina y los jueces. Sin embargo, la ciudadanía no tiene por qué aceptarlo así y, en el mejor de los casos, la frase parece propia de un lenguaje hermético que ya no describe en absoluto lo que hoy consideramos como el estándar de la diligencia debida por una persona.

De lo precedente surge una dualidad que hay que gestionar con cuidado. Por un lado, la expresión buen padre de familia, como descripción de un modelo de conducta, merece ser derogada. Es, quizás, la última presencia simbólica explícita del milenarismo paterfamilias en nuestra ley. En el modelo patriarcal original de la familia romana, el paterfamilias aparece en el centro del hogar como un jefe dotado de autoridad absoluta. El pater es la quintaesencia del modelo de familia y de sociedad patriarcal, aunque con el tiempo se fuera limitando su autoridad ilimitada original. A nivel simbólico, sin embargo,

la supervivencia de esta referencia como modelo de conducta es de los más extraordinarios remanentes de esta figura que da nombre y es el eje de la sociedad patriarcal cuyo cuestionamiento, en mayor o menor medida, está muy extendido en la actualidad dentro de nuestra comunidad.

El riesgo al que hay que atender consiste en que se pueda generar una distorsión en la interpretación y aplicación del concepto de culpa en el ejercicio cotidiano de la actividad jurídica. Por ello, el tema debe manejarse con cuidado. El riesgo no existe si, como es el caso en este Proyecto de Ley, tomamos la definición de culpa (no-discriminatoria) que sostienen desde hace largo tiempo doctrina y jueces.

La expresión persona media, prudente y cuidadosa tiene una larga tradición en nuestra cultura jurídica. Precisamente, nuestro principal civilista, el Maestro Gamarra, ha definido al estándar de la diligencia debida como el de una “persona media”, “prudente” y “cuidadosa”.¹ De esa forma no habría distorsiones al aplicar esta nueva descripción del concepto de culpa civil, que reitera el concepto ya vigente en nuestra Ley, pero eliminando la expresión buen padre de familia. Otras posibles expresiones sustitutas como la de persona razonable, utilizada por el Código Civil francés, han sido descartadas por no tener dentro de nuestra cultura jurídica una tradición tan larga y segura como la citada expresión del Profesor Gamarra.

En suma, la derogación de la expresión de marras es necesaria para seguir creando un discurso legal en que los símbolos de la desigualdad de género vayan eliminándose. En tanto, en el plano interno de la práctica jurídica y técnica del Derecho Civil es importante que el giro que sustituya a esta expresión no genere problemas en la predictibilidad y certeza de la nueva noción. Se trata que sea claro que no hay una disrupción en el significado técnico. Es decir, la culpa sigue siendo, tal como lo postula la doctrina y jurisprudencia actual, el actuar sin el esfuerzo y cuidado propios una persona media, prudente y cuidadosa, que es el principio en materia de culpa (i.e. culpa leve, Artículos 1344 y 1907 del Código Civil), sin perjuicio de los casos en los que se prevé un grado distinto de la culpa, tal como sucede en los artículos 414, 428, 1813, 1818, 1969 y 2008 del Código Civil.

PROYECTO DE LEY

Artículo 1º: Sustitúyese el texto de los artículos 384, 415, 514, 548, 695, 1310, 1324, 1327, 1334, 1344, 1811, 1813, 2220 y 2304 del Código Civil, los cuales quedarán redactados de la siguiente manera:

Art. 384

El tutor debe velar por la persona del menor y administrar sus bienes, con la diligencia de una persona media, prudente y cuidadosa.

Art. 415

El tutor está obligado a llevar cuenta fiel, exacta y documentada de todos sus actos administrativos, día por día, sin que pueda excusarse de esta obligación ni aun el testamentario a quien el testador haya exonerado de rendir cuentas.

Sin embargo, podrá excusarse de documentar las partidas de gastos menudos en que una persona media, prudente y cuidadosa no acostumbra recoger recibo.

Artículo 514

El usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, está obligado:

1°.- A formar, con citación del dueño, un inventario solemne de todos ellos, haciendo tasar los muebles y constar el estado de los inmuebles.

2°.- A dar fianza bastante de que cuidará de las cosas con la diligencia de una persona media, prudente y cuidadosa y las restituirá al propietario al terminarse el usufructo, no empeoradas ni deterioradas por su negligencia. (Artículo 2111).

Respecto de las cosas fungibles, la fianza será únicamente de restituir otro tanto de la misma especie y calidad.

Artículo 548

El usuario y el habitador deben usar de los objetos comprendidos en sus respectivos derechos, como lo haría una persona media, prudente y cuidadosa; y están obligados a contribuir a las expensas ordinarias de conservación y cultivo, a prorrata del beneficio que reporten.

Artículo 695

El poseedor de mala fe está obligado a restituir no solamente todos los frutos percibidos desde su injusta detentación, sino también los que dejó de percibir por su culpa y que una persona media, prudente y cuidadosa hubiera percibido. (Artículos 1246 y 1319).

Tratándose de restitución de ganados y procreos se estará a lo que establezcan las leyes especiales sobre la materia.

Artículo 1310

El agente oficioso está obligado a emplear en la gestión toda la diligencia de una persona media, prudente y cuidadosa y será responsable de los perjuicios que por su culpa o negligencia resulten al dueño de los bienes o negocios que tomó a su cargo.

Los Tribunales, sin embargo, podrán moderar la indemnización según las circunstancias del caso.

Artículo 1324

Hay obligación de reparar no sólo el daño que se causa por hecho propio, sino también el causado por el hecho de las personas que uno tiene bajo su dependencia o por las cosas de que uno se sirve o están a su cuidado.

Así, los padres son responsables del hecho de los hijos que están bajo su potestad y viven en su compañía.

Los tutores y curadores lo son de la conducta de las personas que viven bajo su autoridad y cuidado.

Lo son, igualmente, los directores de colegios y los maestros artesanos respecto al daño causado por sus alumnos o aprendices, durante el tiempo que están bajo su vigilancia.

Y lo son, por último, los dueños o directores de un establecimiento o empresa, respecto del daño causado por sus domésticos en el servicio de los ramos en que los tuviesen empleados.

La responsabilidad de que se trata en los casos de este artículo cesará cuando las personas en ellos mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de una persona media, prudente y cuidadosa para prevenir el daño.

Artículo 1327

El dueño de un edificio es responsable del daño que ocasione su ruina acaecida por haber omitido las necesarias reparaciones o por no haber actuado con la diligencia de una persona media, prudente y cuidadosa.

Si la ruina proviniese de vicio en la construcción, el tercero damnificado sólo puede repetir contra el arquitecto que dirigió la obra, con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo II, Título IV, Parte Segunda de este Libro. (Artículo 1844).

Artículo 1334

La obligación de entregar la cosa contiene la de conservarla con la diligencia de una persona media, prudente y cuidadosa, hasta que la tradición se verifique, so pena de daños y perjuicios.

Artículo 1344

Se entiende por culpa la falta del debido cuidado o diligencia. Puede ser grave o leve.

Sea que el negocio interese a una sola de las partes, ya tenga por objeto la utilidad común de ellas, sujeta a la obligada a toda la diligencia de una persona media, prudente y cuidadosa, esto es, a prestar la culpa leve.

Esa obligación, aunque regulándose por un solo principio, es más o menos extensa según la naturaleza del contrato o el conjunto de circunstancias, en los casos especialmente previstos por este Código.

Artículo 1811

Las principales obligaciones del arrendatario son:

1º.- Usar de la cosa según los términos o espíritu del contrato.

2º.- Emplear en la conservación de la cosa la diligencia de una persona media, prudente y cuidadosa.

3º.- Pagar el precio o renta.

Artículo 1813

Si el arrendatario no usare de la cosa como una persona media, prudente y cuidadosa, responderá de los daños y perjuicios y aun tendrá derecho el arrendador para demandar la rescisión del arrendamiento en el caso de un grave y culpable descuido.

Artículo 2220

El comodatario está obligado a velar en la conservación de la cosa prestada como una persona media, prudente y cuidadosa. El no puede servirse de ella sino para el uso convenido o a falta de convención, para el uso ordinario de las cosas de su clase.

Artículo 2304

El acreedor es obligado a guardar y conservar la prenda como una persona media, prudente y cuidadosa y responde de los deterioros que la prenda haya sufrido por su hecho o culpa.

No puede servirse de la prenda en manera alguna, si el deudor no le ha concedido expresamente el derecho de hacerlo. Bajo este respecto, sus obligaciones son las mismas que las del depositario.

Artículo 2º: Toda alusión al “buen padre de familia” en las Leyes y Códigos vigentes queda sustituida por la expresión “persona media, prudente y cuidadosa” en los términos de la definición de culpa del Art 1344 del Código Civil, en la redacción dada por el Art. 1º de la presente ley.