

IMPACTO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN EL PROCESO. LÍNEAS GENERALES.

Por Enrique M. Falcón

1. Generalidades

La pregunta es: ¿Puede la Nación dictar normas procesales aplicables a las jurisdicciones locales? El antiguo artículo 67, inciso 11 de la Constitución Nacional, hoy artículo 75, inciso 12º, aun con sus reformas, no ha modificado el planteo original. La cuestión se asienta sobre el anterior artículo 104, Constitución Nacional, actual 121, por el cual las provincias conservan todo el poder no delegado.

Diversas teorías se planearon en este aspecto. Hoy en día la teoría que prima es la que señala que es posible dictar normas procesales para toda la Nación en tanto sean para la aplicación de los códigos de fondo y asegurar la eficacia de esa aplicación (v.gr. Concursos, Divorcio, Prenda con registro, Familia, etc.), o establecer formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos. En este sentido se ha manifestado la CSJN⁽¹⁾ criterio que ya había sido recogido por la SCBA, aunque se reconocía claramente que en principio la materia procesal está reservada a las provincias⁽²⁾.

Es razonable y natural que dentro del sistema civil y comercial el Código sustancial tenga una relación inmediata con el subsistema procesal. Pero el CCyC por un lado se ha excedido en esta actuación, la que en muchos casos no ha sido feliz por la confusión que tiene sobre los conceptos de proceso, procedimiento y juicio; sobre jurisdicción y competencia y sobre otros aspectos como ser lo de negar a la jurisprudencia ser fuente del Derecho (cuando existe

¹ CSJN, Fallos, 138-157. Id. 24-3-83, E.D., 105-435. Ver Alsina, *Tratado*, II, págs. 43/49.

² La inclusión en las leyes nacionales de normas de linaje procesal, no significa irrumpir en la órbita legislativa reservada de manera exclusiva a las provincias, toda vez que si bien éstas tienen facultades para darse sus propias instituciones locales y, por consiguiente, para estatuir el procedimiento ``ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos establecidos en los códigos de fondo" (SCBA, 11-10-66, E.D., 18-139; id. 10-12-74, ``Lamas de Franchetto c/ Betty M. C. Cincotta Quilmes SRL").

obligatoriedad de ciertos fallos de la Corte Suprema, obligatoriedad de los plenarios y de la Casación). De cualquier manera ha producido un impacto en el Proceso muy importante en tanto ha influenciado notablemente en la aceleración del camino hacia el proceso oral (lo que se aprecia en los recientes Códigos Procesales de Mendoza, Chaco, Santa Cruz y Corrientes, que se suman a otros que ya habían adoptado el sistema oral, como La Pampa, Entre Ríos, Río Negro), si bien que esa aceleración todavía no ha tenido total respuesta en el ámbito Federal y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; esa influencia también se nota en la búsqueda de una justicia temprana y el proceso urgente, haciendo referencia el CCyC de manera frecuente a la aplicación del proceso o procedimiento más breve que exista en la ley local.

Desarrollar todas las normas que componen los aspectos procesales excedería en mucho este trabajo y es cuestión de obras de mayor envergadura⁽³⁾, ya que hacerlo comprende ver las instituciones con cuestiones relacionadas con las personas en sí mismas, con el Derecho de Familia, las obligaciones, responsabilidad civil y contratos, derechos reales, proceso sucesorio y derecho internacional privado; a la vez que se han incorporado temas de modo transversal que son igualmente importantes en el derecho procesal. En este contexto, entonces, veremos sólo algunos de los temas destacados.

2. Las cuestiones transversales.

El Código tiene una marcada tendencia a la constitucionalización del derecho civil y comercial y se centra en el modelo de decodificación. Por su parte los temas relacionados con la competencia y los poderes y deberes del juez corresponden a cada materia, pero se ven especialmente mencionados cuando se trata de cuestiones de la personalidad, del derecho de familia, de los sistemas de contratación predispuestos y en general cuando en el proceso actúan sujetos vulnerables. También tienen el carácter transversal las reglas generales como el principio de inexcusabilidad (art. 8), el de buena fe (art. 9), el abuso del derecho

³ Ver por ejemplo libro: "El Derecho Procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación", Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2014, o Gozaíni, Osvaldo (Director) "Cuestiones Procesales del Código Civil y Comercial de la Nación", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018 y numerosos artículos publicados en los distintos medios jurídicos sobre temas particulares de esta cuestión.

(art. 10) y de la posición dominante (art. 11), el orden público (art. 12) o la prohibición de la renuncia general de las leyes (art. 13), Muchos de estos aspectos se reiteran luego específicamente en los distintos institutos tratados.

Pero quizás en esta generalización sea importante destacar las disposiciones relacionadas con la electrónica y las nuevas tecnologías. Así vemos la regulación de los medios electrónicos en los arts. 288 (firma electrónica, que se relaciona inmediatamente con la ley 25.506 de firma digital y su decreto reglamentario), 301 (utilización de medios electrónicos en las escrituras), 329 (documentación electrónica previa autorización del Registro Público del domicilio del interesado), 985 (aplicación electrónica en las cláusulas presidispuestas en el consentimiento de los contratos), 1106 a 1109 (medios electrónicos en materia de consumo), 1112 (información de la revocación de un contrato de consumo por vía electrónica), 1116 (Excepciones al derecho de revocar esos contratos cuando el materia haya sido usado), 1382 (Información periódica de los bancos sobre operaciones de sus clientes por vía electrónica autorizada), 1391 (depósito bancario en documento electrónico), 1396 (la instrumentación de créditos y débitos por vía electrónica y 1403 (implementación de la comunicación de resúmenes que puede ser por vía electrónica). Hay que tener en cuenta que la firma digital y electrónica (art. 1403) ya tenía consagración en la ley 25.506 y su decreto reglamentario, y la prueba genética (arts. 579 y 580), etc.

Otra cuestión que resulta transversal, porque aparece en diversos campos del CCyC es la actuación preventiva. Esta modalidad no es una novedad, ya que por lo menos en el campo empresario y a los fines del Derecho del Trabajo, existen numerosas normas de protección de los trabajadores a fin de resguardarlos en la tarea que realizan. La medida preventiva se encuentra también en el Concurso preventivo y en las medidas cautelares, incluyendo la más novedosa que es la medida preventiva anticautelar. Ahora, en el CCyC, el esquema preventivo se muestra: 1) En el patrimonio de las personas jurídicas en formación, las cuales pueden inscribir preventivamente a su nombre los bienes registrables (arts. 154 y 159). La prevención actúa como tutela preventiva, cuando se autoriza a una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido

un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado (art. 1032). No obstante, donde aparece más claramente en el tema de Daños pues “Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; “c) no agravar el daño, si ya se produjo”.(art. 1710), a lo que se agrega la “acción preventiva” propiamente dicha, que, más allá de estar en el campo de la regulación de daños resulta ser una norma general aplicable a todos los campos del derecho y que se expresa en el art. 1711 diciendo: “La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”, lo cual nos lleva a la sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

3. Procesos especialmente regulados.

En dos campos se exponen reglas del procedimiento en particular para aplicar a los procesos correspondientes a la materia, sin perjuicio de los procedimientos que se articulan en particular respecto de determinadas cuestiones. Uno es el relativo a los procesos de familia (arts. 705 a 711), que se integra con las Acciones de estado de familia (arts. 712 a 715), la competencia (arts. 716 a 730) y las medidas provisionales respecto de las personas y los bienes en el divorcio, la nulidad de matrimonio y las uniones convivenciales” (arts.721 a 723). La regla general, además de las que se establecen en particular para casos de divorcio, filiación, adopción, alimentos, responsabilidad parental, etc. (art. 705) es la del art.706 que establece los principios generales de los

procesos de familia que dice: “el proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. a) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. b) Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario, c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas”. C obra interés el procedimiento fijado para el divorcio y la eliminación en el mismo de las causales (arts. 436 a 438).

El otro aspecto es el del Derecho Sucesorio, donde el Código Civil y Comercial ha sustituido las disposiciones del Código Procesal relacionadas con diversos aspectos en el título VII del libro Quinto (artículos 2335 y sgtes., denominado “Proceso Sucesorio”. Allí aparece la investidura de la calidad de heredero (arts. 2337 y sgtes.), el Inventario y avalúo (arts.2341 y sgtes), la administración judicial de la sucesión (art. 2341 y sgtes.) y el Título VIII con la Partición (art. 2363 y sgtes.).

4. Otras materias reguladas

Encontramos algunas otras de las materias reguladas que afectan el sistema procesal reguladas en el Código Civil y Comercial. Aunque en este caso ciertas materias pertenecen al sistema sustancial y son de aplicación directa al sistema procesal y otras responden a necesidades de unificación de criterios en todo el país.

a) *Edad*. Por ejemplo, la edad determina varios aspectos. Al establecer la de 13 años para la pubertad (art. 25), se modifica la posibilidad de quienes pueden ser testigos (antes en 14 años). Pero la edad no lo es todo, porque el Código ha agregado que, para la realización de ciertos actos como aquellos que necesitan representantes legales, puede prescindirse de estos representantes cuando la persona menor cuenta con la edad y el *grado de madurez suficiente*

(art. 26) que deberá determinar el juez y que no resulta muy claro, porque para ello se requiere experiencia que sólo se logra con el tiempo.

b) *Capacidad e incapacidad.* El Código regula la capacidad y sus restricciones como la incapacidad de un modo más adecuado (ats. 31 a 50) y se apareja con la Ley de Salud mental, donde surge el equipo interdisciplinario y las limitaciones a la internación (Ley 26.567). Esta ley ha recibido muchas críticas por falta de una implementación adecuada. En cuanto al CCyC la normativa reemplaza y reconduce el proceso de demencia del CPCCN.

c) *Representación.* El Código Civil y Comercial distingue claramente la representación del mandato y del poder (arts. 358 y sgtes.), diferenciando la representación voluntaria, la legal y la orgánica. La representación es el actuar por cuenta de otro. En cambio, el mandato es un contrato que puede o no tener representación, mientras que el poder es la oferta de mandato.

d) *Alimentos.* La materia alimentaria aparece en varios supuestos. La primera regla es que la petición de alimentos tramita por el proceso más breve que posea la ley local y no se acumula con otra pretensión (art. 543). No obstante, en el sistema nacional, el proceso de alimentos del CPCCN parece más apropiado y el proceso más breve podría ser un proceso incidental. La regulación de los alimentos, dentro del parentesco, se encuentran en los artículos 537 a 554. Pero entre cónyuges rigen los arts. 432 a 434 y en la donación están previstos en el art. 1559. A su vez la ley de concursos y quiebras 24.522 el art 156 establece que “Sólo corresponde reclamar en el concurso el crédito por alimentos adeudados por el fallido antes de la sentencia de quiebra”.

e) *Desalojo.* El desalojo es un proceso que ha tenido muchas complicaciones a través del tiempo. Las leyes de emergencia por un lado y por el otro el desalojo por causales han sido parte del problema. El CPCCN ya traía otro problema, que era el relacionado con el proceso a aplicar (ordinario o sumarísimo, cuestión que no existe en las provincias). El Código Civil y Comercial incluyó como regla que, para la vivienda habitacional, en el desalojo por falta de pago debía hacerse una intimación previa (art. 1222). Esta regla ya

estaba en la ley anterior. Por su parte la ley 27.551 (que por otras modificaciones a las locaciones reguladas por el Código Civil y Comercial, ha creado un desbarajuste en el campo comercial) agregó por un lado la mediación previa obligatoria (que antes era opcional) y por otro incluyó en el art. 1222 requisitos especiales respecto de la intimación, la notificación y la entrega de llaves. En lo restante se excluyó al fiador automáticamente a la finalización del plazo de locación, excepto la que el reclamo derive de la no restitución del inmueble locado (art. 1225), lo que puede provocar un problema de indefensión en el fiador que hace a la norma inconstitucional.

f) *Arbitraje*. Como último aspecto en este comentario, veremos el arbitraje que erróneamente se ha considerado en el CCyC como un contrato (art. 1649). La teoría contractualista, además de haber sido dejada de lado hace mucho tiempo, choca contra la definición de contrato del mismo CCyC, que establece en el art. 597 que el contrato tiende a crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas, mientras que el acuerdo de arbitraje tiende a la constitución de un tribunal que se ocupe de ese tema y dirima la controversia en caso de producirse y además se aplica a otras instituciones además de los acuerdos contractuales. Es interesante que el mismo art. 1650 no menciona al arbitraje como contrato, sino como acuerdo. De cualquier manera, estas normas por lo menos eliminan el “compromiso” que era una fuente de problemas y “chicanas” y agregan el arbitraje institucional. Estos últimos criterios ya se habían integrado en la reforma del Código Procesal Civil y Comercial de Río Negro (arts. 736 a 746).

5. La Prueba

En nuestro país, a pesar de que la materia probatoria está fundamentalmente en los Códigos procesales, los sustanciales contienen diversas medidas sobre el tema. Una de las reglas que ha incorporado el Código civil y comercial es el de la carga llamada *dinámica*, que impone dicha carga probatoria a quien está en mejores condiciones de probar. Ello aparece en el art. 710 referido a los procesos de familia y era tradicional en el procedimiento laboral. En el campo de la función resarcitoria en la responsabilidad civil, excepto

disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución (art. 1720) y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega (art. 1734), no obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso comunicará a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa (art. 1735), lo que también constituye una aplicación de la *carga dinámica de la prueba*. En cuanto a la *Prueba de la relación de causalidad*, la carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca (art. 1736).

5.1. Medios

La prueba en cuanto a los *Instrumentos privados*, bajo la denominación de forma y la prueba de los mismos está establecida en los artículos 284 a 288, donde se regula el tema de la firma según hemos visto, los documentos firmados en blanco, la fecha cierta y el valor de la correspondencia. Allí también se establecen reglas respecto de los instrumentos privados y particulares no firmados (art. 287). El Código vuelve sobre los instrumentos públicos y particulares en los artículos 313 a 318 para referirse especialmente a la firma y reitera el tema de la prueba en instituciones particulares como en el caso de la prueba del matrimonio (art. 423). En cuanto a los *Instrumentos públicos* (art. 289 a 312), incluyen el tratamiento de las escrituras públicas y actas notariales. Por su parte el contradocumento está previsto en el art. 335. Estos instrumentos públicos son 1) Las escrituras públicas y sus copias o testimonios; 2) los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes; 3) los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión (art. 289)

En cuanto a la *apreciación probatoria de esta documentación*. Respecto de los instrumentos privados conforme con el art. 319 “El valor probatorio de los

instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen". Por su parte respecto de los instrumentos públicos "Son instrumentos públicos: a) las escrituras públicas y sus copias o testimonios; b) los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes; c) los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión" (art. 296). Estas reglas serán las que posteriormente habrá que aplicar en la Redargución de Falsedad.

La *confesión y el reconocimiento* tienen poca aplicación. La primera está en sentido negativo en el art. 466, en donde para probar el carácter propio o ganancial no resulta suficiente la confesión de parte sobre el carácter propio del bien, siendo la presunción de que los bienes del matrimonio son gananciales, salvo prueba en contrario. Los reconocimientos de los hechos arts. 314 (reconocimiento de la firma), 570 (reconocimiento de la filiación extramatrimonial), son aspectos confesionales en el reconocimiento de los hechos.

Testigos para el proceso. El CCyC habla de testigos tanto para el proceso como para los actos jurídicos. En nuestro caso nos interesan los primeros. Por edad ya hemos visto art. 25 que cambia la edad de la pubertad y en materia de familia aparece el testigo necesario (art. 711).

La *prueba de Peritos* se menciona para la determinación de la edad (art. 99), en el caso de pérdida de libros o soportes, las presentaciones deben realizarse ante perito contador nombrado por el juez (art. 1878) y en el caso del testamento ológrafo el reconocimiento del estado y autenticidad también requiere de la pericia (art. 2339), sustituyendo, de este modo, el reconocimiento por testigos del C.Civil.

En la prueba de las obligaciones encontramos los arts. 727 (prueba de la existencia de la obligación con carácter restrictivo), 895 (el pago puede probarse por cualquier medio, salvo que la ley disponga lo contrario), 948 (prueba restrictiva para la renuncia de derechos), etc. En cuanto a los contratos tenemos el art. 1019 (medios aptos conforme reglas de la sana crítica para los actos en los cuales es de uso instrumentar, los que no se pueden probar exclusivamente por testigos), 1365 (el depositario no puede exigir que el depositante pruebe ser dueño de la cosa depositada).

5.3. Sistemas protectorios y cautelares

Los sistemas cautelares admiten las reglas generales previstas en el CPCCN, pero en algunos casos se establecen reglas especiales en el CCyC, como para los títulos valores, según sean al portador, nominativos no endosables o ingresados en una caja de valores (art. 1822). En el embargo se reafirma la regla de la prioridad del primer embargante (art. 745). La deuda por alimentos no puede ser atacada por medida alguna (art. 539). En la acción directa de un acreedor para recibir de un tercero lo que le debe su deudor, la presentación de la acción directa causa el embargo a favor del demandante, pero ninguno de los dos créditos puede haber sido embargado anteriormente (arts. 737, d) y 738 a). En el embargo de cuenta corriente no se admiten nuevas remesas que no tengan un derecho ya existente (1436). La administración judicial aparece en la ley de sociedades 19550, arts. 114 y 115. El inventario es integrante de numerosos supuestos en los que hay que tener constancia de los elementos existentes y así conservarlos. En materia de familia los sistemas cautelares aparecen como medidas provisionales que pueden aplicarse sobre las personas o sobre los bienes (arts. 721 y 723). A ello se suma la posibilidad de tomar medidas cautelares en la disolución de la sociedad conyugal. Las medidas cautelares pueden también aplicarse para asegurar el pago de alimentos, en los supuestos de intimidación, en el derecho de retención, en la fianza, etc.