

Ponencia de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Córdoba elaborada por el Dr. Francisco Junyent Bas, en su carácter de Director del Instituto de Estudios de la Magistratura, luego de haberse desarrollado en el seno de la entidad un curso de análisis y debate del Nuevo Código durante tres meses, y haberse escuchado a integrantes de las Comisiones Redactoras y otros especialistas en materia civil y comercial.

Señor Presidente y miembros de la Comisión:

La Institución que represento apenas conocido el Proyecto de Reforma, Actualización y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación dado a conocer el 27 de febrero de 2012, por la Presidenta de la Nación, y luego de los ajustes que se le realizaran por parte del Poder Ejecutivo de la Nación, procedió a realizar un curso de estudio y debate de la compilación redactada que tuvo una duración de tres meses, y 48 horas de exposición, habiéndose escuchado a la Dra. Aída Kemelmajer y otros exponentes de los juristas convocados por la Comisión por Decreto Presidencial N° 191/2011, quienes explicaron los alcances de la reforma.

En igual sentido, también fueron invitados otros juristas especializados para el análisis y profundización crítica de la reforma y aunque nuestra institución entiende que la labor realizada en el Proyecto de Código es sumamente valiosa y debe concretarse, también entiende que hace falta un mayor debate de algunos aspectos, como así también, el respeto de pautas metodológicas imprescindibles.

En este sentido, resulta imprescindible que el Congreso de la Nación cumpla con su deber de estudiar y analizar el Proyecto en aras a su propia legitimación como Poder del Estado sin “prisas” y con un debate serio. Lo razonable sería que en el seno de la Comisión Bicameral se formara otra con juristas que no han intervenido en la redacción del proyecto para su revisión y se le diera un plazo de 90 días para realizar su relevamiento y críticas y propuestas consiguientes. Así se correría luego vista a la Comisión tripartita creada por el decreto 191/11.

Va de suyo que los arts. 9 a 11 de la ley de elevación Por parte del P.E.N. como el plazo otorgado a la Comisión Bicameral y el despacho automático son inconstitucionales en cuanto modifican, no solamente el Reglamento de ambas Cámaras del Congreso , sino también en violan el régimen de sanción de las leyes pautado en la Carta Magna.

I. Cuestiones metodológicas

I. 1. Los 2.671 artículos sin las citas singulares que establezcan el diálogo de fuentes que predica la Comisión redactora carece de sustento y justificación legal que no se satisface con el mensaje general.

La primera afirmación que corresponde hacer es que un Nuevo Código Civil y Comercial impone el adecuado conocimiento de las fuentes doctrinarias y jurisprudenciales que se utilizaron para la redacción de los artículos, aún cuando se sepa que se han tomado como base los proyectos preexistentes en la materia, en especial, el Proyecto de Código Único de 1998.

Uno de los aspectos fundamentales que tuvo el Código de Vélez Sársfield fue justamente la explicación del sentido y alcance de los diversos artículos, mediante la cita de

la doctrina extranjera, todo lo cual permitió decir que el codificador nos introdujo en el derecho comparado.

Ahora bien, la vía metodológica elegida de cambiar el Código y no de reformar el actual Código histórico, exigía por elementales razones de seriedad jurídica que la Comisión, máxime teniendo la apoyatura de más de 100 juristas especializados, respetara el sistema de notas que permite conocer el origen concreto de cada precepto, y consecuentemente, ayuda a su correcta interpretación.

En consecuencia, es criterio de esta Asociación que esta Comisión Bicameral debería requerir a la Comisión Redactora la incorporación en el Proyecto del sistema de notas dando cuenta y razón de cada uno de los preceptos incorporados y permitiendo conocer la fuente de cada norma y los valores que la sustentan.

Esta ausencia es innegociable y hace a la correcta integración del sistema del nuevo Código Civil y Comercial.

En este sentido, cabe destacar que una reforma de toda la legislación civil y comercial impone conocer sus fundamentos en plenitud y resultan claramente insuficientes las conferencias o exposiciones de sus redactores por su parcialidad, generalidad e imposibilidad de diálogo y debate.

En este sentido, los fundamentos generales redactados por la Comisión al elevar el Proyecto son palmariamente insuficientes pues, se refieren a las instituciones en general y no explican los preceptos en cada caso concreto, todo lo cual permite diversas interpretaciones y el "diálogo de fuentes" que preconiza el Dr. Ricardo Lorenzetti se torna absolutamente complejo y dará motivo a disidencias relevantes en los aspectos más delicados de la reforma.

En este aspecto, y para que queden claras las diferencias existentes con la sanción del Código Civil de Vélez, en 1869, cabe recordar que la génesis de la elaboración del Código Civil vigente y sus fundamentos no merecen comparación con lo hecho y con lo que se está haciendo ahora.

I. 2. La sanción del Código Civil de Vélez Sársfield

Así, recordemos que el Presidente de la Nación, Bartolomé Mitre, decidió encargarle la tarea de redactar el proyecto de Código Civil, que preveía la Constitución de 1853, a Dalmacio Vélez Sársfield, mediante decreto del 20 de octubre de 1864, el que lo hizo inspirado en la "Consolidación de las Leyes Civiles" y en el "Esbozo de Código Civil" del gran jurista brasilero Augusto Teixeira de Freitas- y lo hizo con la ayuda de algunos amanuenses que pasaban en limpio sus borradores, como lo fueron Victorino de la Plaza, quien luego sería Presidente de la Nación, Eduardo Díaz de Vivar y la hija de Vélez Sársfield, Aurelia.

De tal modo, a medida que Vélez Sársfield completaba su obra, la enviaba al Poder Ejecutivo y así se dispuso su impresión y su distribución entre los legisladores, magistrados, abogados "y personas competentes, a fin de que estudiándose desde ahora váyase formando a su respecto la opinión para cuando llegue la oportunidad de ser sancionado", por Decreto del 23 de junio de 1865.

Así, en 1865 Vélez terminó y entregó el libro I, con posterioridad las dos primeras secciones del Libro II en 1866, luego le tocó el turno a la tercera sección de ese libro a principios de 1867, el libro III se concretó durante el año 1868 y, por último el libro IV en 1869.

En una palabra, la labor codificadora se completó luego de cuatro años y dos meses de trabajo. El proyecto fue aprobado a “libro cerrado” después que el presidente Domingo Faustino Sarmiento y su ministro Nicolás Avellaneda lo enviaran el 25 de agosto de 1869 al Congreso, donde fue sancionado el 22 de septiembre en la Cámara de Diputados y el 25 por el Senado, lo que permitió que fuera promulgado por el Ejecutivo el 29 de septiembre de ese año, y entró en vigencia el recién el 1º de enero de 1871, es decir, un año y cuatro meses después de su sanción legislativa.

Por el contrario, en este caso, se pretende sancionar un nuevo Código con un año de elaboración y sin haber tenido tiempo necesario para articularlo, como así también, con un período de vigencia excesivamente corto.

II. Plazo de vigencia

En esta inteligencia, admitiendo que en la política la propuesta formulada, en orden a la necesaria e imprescindible integración normativa con las notas de cada texto legal, podría volverse inviable por lamentables razones de urgencia, esta institución propone como alternativa de adecuado conocimiento y profundización del Nuevo Código, que en caso de ser sancionado por el Congreso de la Nación, se otorgue un plazo de un (1) año para su vigencia efectiva, a los fines de permitir justamente el estudio y profundización de las instituciones actualizadas y reformuladas por la Comisión.

En este sentido, no puede dejar de observarse por equivocadas las apreciaciones del Dr. Ricardo Lorenzetti, quien afirmó que la gran mayoría del Proyecto no merece discusión, y que sólo hay unos diez o quince temas discutibles.

La cuestión no radica exclusivamente en lo que el Presidente de la Corte denomina "temas discutibles", sino en la correcta explicación, análisis y articulación de todo el entramado de la nueva regulación que al unificar el Código Civil y Comercial trae profundas reformas en todo el articulado, aún cuando éstas no hayan podido analizarse puntualmente.

En rigor, la realidad desmiente la afirmación del conocido magistrado pues, basta leer las revistas especializadas, sea La Ley, El Derecho, y otras para advertir la numerosísima serie de artículos de diversos doctrinarios intentando descubrir el sentido y alcance de las instituciones que regla el nuevo Código.

La afirmación precedente demuestra, una vez más, la necesidad de que la nueva compilación contenga en su articulado las notas que fundamenten los preceptos, y además, que antes de su vigencia exista un período mínimo de un año.

Adviértase que en 1871 cuando entró en vigencia el Código de Vélez, había pasado largamente dicho plazo, y eso que nos encontrábamos en los albores del siglo XIX.

III. Algunas referencias puntuales al texto legal

Como resulta imposible por el breve término establecido por la Comisión Bicameral para recibir las opiniones, realizar un estudio serio y ponderado de su articulado, nos limitaremos a realizar algunas observaciones.

III. 1. La supuesta defensa de los más débiles o vulnerables

En esta inteligencia, el art. 14 del Proyecto, luego de establecer las pautas de ejercicio de los derechos a partir del art. 9 que sienta el principio de buena fe, y los arts. 10 y 11 que establecen que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, y el sentido y

alcance de la posición dominante, prohibiendo la renuncia general, nomina cuáles son los derechos reconocidos.

A esos fines, puntualiza el art. 14 que en este Código se reconocen a) derechos individuales, b) derechos de incidencia colectiva.

De tal modo, el texto deja de lado la redacción original del Anteproyecto, que reconocía lo que se denominan "derechos individuales homogéneos", y que tienden a tutelar los "microdaños" que se derivan de la actuación de las grandes corporaciones, y que lo sufren normalmente los consumidores o usuarios.

En consecuencia, hay que volver al texto original que establece que además de los derechos individuales y de incidencia colectiva, éste Código reconoce: *"derechos individuales que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común, según lo dispuesto en el libro Tercero, Título V, Capítulo I"*.

Además, debe incorporarse en el texto una norma que legitime para el ejercicio de dichos derechos al afectado, a las asociaciones registradas, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal, tal como lo hacen la ley General del Ambiente, y la ley de Defensa del Consumidor.

Sin esta incorporación, la afirmación sobre la tutela de los más vulnerables se debilita gravemente y abandonada a su suerte a todos los asalariados y consumidores, traicionando el mensaje del Poder Ejecutivo y de la Comisión redactora.

II. 2. Comunidades indígenas

Por otra parte, el art. 18 del Proyecto que refiere a los derechos de las comunidades indígenas con personería jurídica, y les reconoce el derecho a la posesión y propiedad originaria de sus tierras, como así también a participar en la gestión de sus recursos naturales, deviene absolutamente insuficiente, a la luz de la tutela constitucional del art. 75 inc. 17 y conec. de la Carta Magna.

En efecto, la comunidad indígena no es una persona jurídica privada, como equivocadamente lo establece el art. 148 del Proyecto, sino que tiene una identidad propia y derechos anteriores a la legislación patria que exigen un reconocimiento especial en orden a sus costumbres y a sus propias normas comunitarias.

De tal modo, ello implica no solamente la reelaboración del art. 18, sino también la exclusión de la enumeración del art. 148 y su incorporación a una categoría diferente de persona jurídica, que debieran nominarse bajo el título de "paraestatales".

Así, además de las personas jurídicas públicas que son el Estado y sus diversas desmembraciones, debe crearse una nueva categoría de personas, que nominamos como "paraestatales", en cuanto tienen facultades de gobierno que las caracteriza, y ejercen facultades propias a su identidad, y muy distintas a las de una persona jurídica privada.

En esta nueva categoría debe incorporarse a las Comunidades indígenas, a las Confesiones Religiosas reconocidas por la Secretaría de Culto de la Nación, incluida la Iglesia Católica, y a los Colegios Profesionales que administran la matrícula de sus asociados.

En una palabra, estamos frente a personas que tiene una especial configuración por las facultades que les otorgan la Constitución Nacional y las leyes de creación.

II. 3. Nueva sección a agregarse entre la segunda y la tercera del actual Proyecto, y con nueva numeración de artículos:

Así se propone introducir una nueva sección que regule el régimen de las personas jurídicas "para estatales" según el siguiente articulado.

Desde esta perspectiva, las comunidades aborígenes no necesitan inscripción de ninguna naturaleza, pues tal como se dijo en el apartado anterior, son preexistentes al Estado Nacional, y consecuentemente, se debe reconocer su personalidad jurídica y su aptitud para tener su propia identidad en orden a sus costumbres, creencias, modo de vida, y propio régimen de articulación social.

En consecuencia, el art. 18 debe ser reformulado, estableciéndose que: *"las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras, y también a participar en la gestión referida a sus recursos naturales, como así también a ser respetados en su identidad cultural y usos y costumbres que hacen a su forma de vivir"*.

Va de suyo que las comunidades aborígenes al ser incorporadas al título de "personas para estatales", quedan excluidas del régimen de personas jurídicas privadas, y consecuentemente, no deben figurar en la enumeración del art. 148.

A su vez, dentro de las personas "para estatales" debe incorporarse a la Iglesia Católica y, en una alternativa pluralista, a las otras confesiones religiosas que sean autorizadas por la Secretaría de Culto en función del principio de igualdad que establece el art. 16 de la Carta Magna.

A esos fines, se propone el siguiente articulado:

Artículo...: Las iglesias, comunidades y confesiones religiosas pueden voluntariamente inscribirse en el Registro Nacional de Confesiones Religiosas, que lleva el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, y gozan de personería jurídica una vez efectuada dicha inscripción.

Las que no se inscriban continuarán siendo asociaciones regidas por la legislación vigente, y ellas y sus miembros, conservan los derechos garantizados por la Constitución y las normas dictadas en su consecuencia.

En orden a las facultades de este tipo de personas, corresponde establecer el principio de libertad religiosa y personalidad jurídica, a los fines del cumplimiento de sus fines, de conformidad al siguiente texto:

Artículo : Las entidades religiosas inscriptas están habilitadas para desarrollo libre de todas sus actividades religiosas, realizar actos jurídicos y ser titulares de los derechos y deberes que sean necesarios para el cumplimiento de sus fines. Tienen prohibido ejercer el comercio, y pueden ser declaradas en concurso.

III. 4. La rubricación de los libros de comercio

Desde otro costado, la nueva compilación dispone que los libros deben ser presentados para su autorización en el Registro Público correspondiente y, si son llevados en forma, tienen la eficacia probatoria que les otorga el art. 330, en una reedición del actual artículo 63 del Código de Comercio, aún cuando la organización registral es competencia provincial a tenor del art. 121 de la Carta Magna.

Cabe recordar que la ley 22.315, que constituye la Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia, establece en el art. 3 que tiene a su cargo las funciones atribuidas por la legislación pertinente, al Registro Público de Comercio, y específicamente en el art. 4

estatuye que debe organizar y llevar dicho registro como así también tomar razón de los actos y documentos que correspondan según la legislación comercial.

La Inspección General de Justicia tiene el ejercicio de la función fiscalizadora para realizar investigaciones e inspecciones y requerir todo tipo de información y documento que estime necesario, y en su caso, recurrir a la justicia.

En consecuencia, no puede sostenerse como lo han hecho juristas relevantes¹ que se ha eliminado el Registro Público de Comercio pues, su organización es una facultad no delegada propia de las Provincias, art. 121 de la C.N., y en todas ellas funcionan las diferentes Direcciones de Personas Jurídicas, que más allá del "nomen iuris", organizan y llevan el Registro Público de Comercio, y consecuentemente, lo único que puede suceder es que se necesario algún ajuste a la nueva legislación, articulando la totalidad de la registración ante dicha oficina, y no sólo lo relativo a las sociedades comerciales.

Resulta sumamente respetable la opinión de quienes desean articular un régimen similar al de los arts. 34 a 38 del actual código comercial.

III.5 La creación del Registro de Actividades Especiales.

El este sentido, el Proyecto de Código Civil de 1998 articuló en el art. 297 el Registro Público de Actividades Especiales, estableciendo que las leyes y Reglamentos de cada jurisdicción debían establecer el procedimiento de registración.

En los arts. 298 y siguientes, el aludido Proyecto señala cuáles son los instrumentos y documentos que deben inscribirse para su publicidad y oponibilidad a terceros, incorporando todo lo relativo a lo que actualmente se inscribe en el Registro Público de Comercio.

En una palabra, el presente proyecto debería incorporar los dos artículos aludidos creando el Registro Público de Actividades Especiales y definiendo cuáles son los instrumentos y documentos que deben inscribirse para su publicidad a cuyo fin, basta con transcribir el aludido Proyecto de 1998.

Así, cabe establecer un artículo que establezca que en cada una de las jurisdicciones debe funcionar el Registro Público de Actividades Especiales, y dictarse el procedimiento de registración.

En esta inteligencia, se propone la reiteración del art. 298 del Proyecto de Código de 1998, en donde se ordene la inscripción en dicho registro para su publicidad de la siguiente documentación:

- a) *los instrumentos que importan la registración de una persona jurídica, como los contratos constitutivos, y todo otro instrumento que los modifique o complemente;*
- b) *la documentación referida a transformación, fusión, escisión, y liquidación de sociedades;*
- c) *los de aumento, reducción o reintegración del capital en el mismo; la emisión de deventures u obligaciones negociables, y los referidos a la integración de los órganos de administración, representación, oficialización;*
- d) *la designación o cese de administradores y gerentes, y demás instrumentos de sociedades constituidas en el extranjero, en las condiciones establecidas por la ley de sociedades.*

¹ Conclusiones de las Jornadas realizadas el 18 de junio en la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA, sobre las reformas a la ley de Sociedades.

e) *El sistema de registraci3n contable, y en su caso, la individualizaci3n de los libros de conformidad a lo dispuesto en los art. 320 a 331.*

El registro es p3blico, para todo aquel que tenga inter3s en conocer el estado jur3dico de los sujetos, bienes registrables, y las leyes y reglamentaciones locales determinan las formas de consulta, as3 como los testimonios, certificados e informes que debe expedir.

III. 6. Caducidad de los plazos.

Desde otro costado, el nuevo c3digo establece en el art. 353 que *el obligado a cumplir no puede invocar la pendencia del plazo si se ha declarado su quiebra, si disminuye por acto propio las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligaci3n, o sino ha constituido las garant3as prometidas, entre otros supuestos relevantes.*

Por otra parte, el precepto citado dispone que *la apertura del concurso del obligado al pago no hace caducar el plazo, sin perjuicio del derecho del acreedor a verificar su cr3dito y a todas las consecuencias previstas en la legislaci3n concursal.*

En este sentido, corresponde recordar que el actual art. 572 establece que: *"el deudor constituido en insolvencia y los que lo representan no pueden reclamar el plazo para el cumplimiento de las obligaciones".*

Esta norma dio motivo a un debate sobre su 3mbito de aplicaci3n, es decir, si alcanzaba a la quiebra, o tambi3n al concurso, y la mayor3a de la doctrina se pronunci3 por la vigencia en los dos tipos de procesos, con la excepci3n de una minor3a que entend3a que el concurso no suspend3a los plazos.

El actual esquema de la compilaci3n proyectada mantiene la ambivalencia pues, predica la caducidad de los plazos para la quiebra, y en el concurso se pronuncia por la negativa, pero manda a verificar a todos los acreedores por causa o t3tulo anterior.

En esta l3nea, hay que advertir que la suspensi3n de los intereses de las relaciones creditorias se fundamenta en la necesidad de determinar el pasivo que intervendr3 en la negociaci3n concordataria, por lo que, mandar a verificar implica tambi3n suspender los plazos pendientes.

De tal forma, corresponde modificar el art. 353 proyectado, disponiendo que *"el obligado a cumplir no puede invocar la pendencia del plazo si se ha presentado en concurso preventivo o se ha declarado su quiebra".*

III. 7. Las relaciones de familia

Desde esta perspectiva, y en orden al libro Segundo que regla las "Relaciones de Familia", si bien debe admitirse un notable avance de la legislaci3n, tambi3n hay que se3alar que es d3nde se advierten las mayores diferencias por parte de los juristas y los magistrados que integran nuestra instituci3n, en especial en punto a la regulaci3n de la fertilizaci3n asistida, la ausencia de un tratamiento espec3fico relativo al r3gimen de los embriones, y la muy cuestionada "maternidad subrogada".

Por ello, en este tipo de reforma, esta instituci3n se encuentra trabajando en un an3lisis m3s detallado y s3lo puede observar a esta Comisi3n Bicameral que constituye uno de los puntos m3s 3lgidos y que divide las opiniones de los especialistas.

Uno de los aspectos más debatidos es el carácter de deber moral de las actuales obligaciones de fidelidad y convivencia del matrimonio estableciéndose su carácter legal en el texto del art. 431 del Proyecto y eliminando el vocablo “moral”.

En esta línea, la concepción que ilumina el matrimonio en el Proyecto lejos de corresponderse con la realidad humana, implica una interpretación equivocada desde el punto de vista antropológico que incide negativamente en la conformación de la pareja.

Por otro lado, el artículo 19 del Proyecto de Código Civil y Comercial reconoce dos modalidades de personas humanas, según su concepción sea biológica o por métodos de fertilización asistida, cuya regulación debe reformularse para que esta última alternativa se concrete mediante la crioconservación de “gametos” y no de embriones.

En una palabra, debe disponerse textualmente que los embriones a implantarse deben ser la misma cantidad de los fecundados por técnicas “in vitro”, cualquiera sea la técnica médica utilizada.

De esta forma, se mantiene vigente el principio “pro homine” que implica el respeto a la vida humana, de conformidad a los Tratados constitucionalizados que deviene aplicables de conformidad al art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, evitándose la manipulación de los embriones, y consecuentemente, la manipulación de la vida.

III. 8. La teoría general del contrato

Tal como lo enseña la doctrina² el proyecto introduce tres categorías de contratos, el denominado paritario, el llamado contrato de adhesión o por cláusulas predispuestas y el contrato de consumo, aspecto que aparece acertado aún cuando resulte imposible introducirse en el análisis de los contratos particulares, que tienen una serie de cuestiones sumamente opinables, y que merecen un mayor estudio y profundización.

III. 8. a. El contrato discrecional o paritario.

La convención del epígrafe regulado en los art. 957 a 983 sienta los principios generales del acuerdo como: *"acto jurídico mediante el cual dos o mas partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales"*.

La normativa contenida en los art. 958 en adelante establece la libertad de contratación, el efecto vinculante entre partes, el principio de buena fe y regla la formación del consentimiento.

El ordenamiento también clasifica los contratos en los art. 966 a 970 y cuando refiere al consentimiento, oferta y aceptación sigue a la teoría clásica de la recepción, aún cuando el art. 983 aclarando que se considera tal *"cuando la otra parte la conoce o debió conocerla y que tratase de comunicación verbal o de recepción en su domicilio de una instrumento pertinente u otro medio útil"*.

Así, el art. 972 establece que la oferta es *"la manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada"*.

² Stiglitz, Rubén La teoría del contrato en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. La Ley 13/06/2012.

A su vez, el art. 974 establece la fuerza obligatoria de la oferta expresando que obliga al proponente a no ser que lo contrario resulte de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso, y consecuentemente, puede ser aceptada inmediatamente.

Con relación a los contratos entre ausentes, la norma establece que "*cuando no hay plazo para la aceptación el proponente queda obligado hasta el momento en que pueda razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación*".

Por su parte, el art. 978 indica que "*la aceptación perfecciona el contrato cuando es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta*", agregando que "*cualquier modificación importa una nueva propuesta*".

De tal modo, la modificación más relevante, en la teoría general del contrato, es el carácter vinculante de la oferta y los aspectos relativos a la incorporación de la contratación electrónica, estableciéndose los parámetros para determinar la conclusión del contrato y, consecuentemente, la competencia del juez.

En definitiva, cabe destacar que lo relevante de esta categoría de contratos deviene de que la ley presupone la igualdad entre las partes en todo lo relativo a la negociación del contrato.

III. 8. b. Los contratos por adhesión.

Desde otro costado, también se reglan los acuerdos con cláusulas predispuestas, es decir, aquellos mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas, tal como lo establece el art. 984, estipulándose sus características en los art. 985 a 989.

Va de suyo, que éste tipo de relaciones se dará en la mayoría de los casos en el quehacer mercantil donde la parte predisponente impone sus condiciones, aún cuando la ley habilita la negociación de cláusulas particulares y regula especialmente las cláusulas abusivas en el art. 988, estableciendo la facultad judicial de declarar la nulidad parcial del contrato e integrarlo.

Lo relevante son los contratos con cláusulas predispuestas en donde hay un indicio de una política empresaria que puede o no implicar debilidad de una de las partes, y que sirven para disminuir los costos de transacción aceptando un modelo de contrato predispuesto por uno de ellas o por el contrato.

El nuevo Código tiene en cuenta en este tipo de contratos que al haber una adhesión a cláusulas redactadas previamente se requiere una tutela especial, y consecuentemente, rige el principio de interpretación a favor del contratante adherente.

El nuevo Código exige que las cláusulas generales tengan una redacción clara, completa y fácilmente inteligible, prohibiendo el reenvío a otros textos y tornando aplicable este dispositivo a las contrataciones telefónicas o electrónicas o similares.

Asimismo, el art. 986 regla las cláusulas particulares negociadas individualmente y establece en el art. 987 la pauta de interpretación más importante al señalar que las cláusulas ambiguas predispuestas se interpretan en sentido contrario al predisponente.

Por último, el art. 988 regla también las cláusulas abusivas que son aquellas que: a) desnaturalizan las obligaciones del predisponente y, aunque la ley no lo diga, también las del adherente; b) las que importen renuncia o restricción de derechos del adherente; c) las que por su contenido o redacción o presentación no son previsibles.

Este tipo de contrato será el que normalmente se configura en las redes de comercialización, y consecuentemente, constituirán en su enorme mayoría materia comercial.

En esta inteligencia, el art. 989 del establece el control judicial de las cláusulas abusivas, y puntualmente, expresa que: *" la aprobación de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente la debe integrar si no puede subsistir sin comprometer su finalidad"*, y de allí la relevancia de las denominadas cláusulas abusivas que se encuentran regladas en el art. 988.

De tal modo, la formación del consentimiento en los contratos con cláusulas predispuestas tiene una especial modalización en tanto el adherente no ha participado en la redacción.

III. 8. c. Los contratos de consumo.

En esta inteligencia, la sección comienza adecuadamente definiendo un ámbito mas amplio como lo es la "relación de consumo" para luego introducirse en la conceptualización específica del "contrato de consumo" expresando en el art. 1093 que son aquellos en donde el consumidor, adquiere bienes y servicios de personas físicas o jurídicas que actúan como profesionales en el mercado, de manera tal que la citada adquisición se hace para destino propio y para su uso privado familiar y social.

El proyectado art. 1092 del nuevo Código señala que *"relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo social"*.

Asimismo agrega que *"queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social"*.

De tal modo, pareciera que se ha eliminado al "expuesto" a una relación de consumo que se incorpora en el art. 1096 cuando se reglan las prácticas abusivas y se establece en el art. 1097 que los proveedores deben asegurar un trato digno a los consumidores y usuarios y, consecuentemente, deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.

A su vez los arts. 1094 y 1095 instituyen el criterio de interpretación y de prelación normativa disponiendo que las normas deben ser aplicadas conforme al principio *"in dubio pro consumidor"*.

Desde otro costado, también se establecen las obligaciones del proveedor de suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características de los bienes y servicios que provee, como así también, las condiciones de su comercialización. La norma destaca que la información debe ser gratuita y proporcionada con claridad.

En igual sentido prohíbe toda publicidad que contenga indicaciones falsas o que induzcan al error o que impliquen comportarse en forma perjudicial tanto para la salud como para la seguridad del consumidor, todo de conformidad con los arts. 1100 a 1103 del nuevo código.

Desde ésta perspectiva se reglan también los contratos celebrados a distancia y se establece que las ofertas por medios electrónicos deben tener como lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación.

En esta línea, se regla el derecho de revocar el contrato por iguales medios, tal como lo disponen los arts. 1113 de la nueva compilación.

Por último al igual que en los contratos de adhesión se regulan las cláusulas abusivas y se regula la situación jurídica de la cláusulas abusivas mediante los art. 1117 a 1122.

III. 9. La modificación de la ley de Defensa del Consumidor

III. 9. a. Las inconsistencias de la regulación de las facultades de la autoridad administrativa.

Cabe advertir que la ley especial fue reformada para adecuarla al nuevo contenido del Código, pero también se modificó el art. 40 bis en cuanto a las facultades de los organismos de aplicación en el área administrativa, y se establecen una serie de requisitos que deben reunir dichas entidades.

Ahora bien, la normativa viola derechamente la Constitución Argentina, art. 109, que establece que: "*en ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer acciones judiciales*".

En consecuencia, el artículo que comentamos, cuando señala que "*las decisiones dictadas en sede administrativas gozan de autoridad de cosa juzgada, y son susceptibles de cumplimiento forzoso según las reglas de ejecución de las sentencias*", deviene absolutamente inconstitucional.

En rigor, se está frente a un acto administrativo que por ser sublegal, causa ejecutoria, pero siempre está sujeto al contralor judicial, por lo que, el error de la norma es grosero.

III. 9. b. La problemática de la prescripción: un retroceso legislativo.

Desde otro costado, cuando se modifica el art. 50 de la LDC, relativo a la prescripción, simplemente se establece un plazo de tres (3) años, pero se elimina el actual párrafo de articulación normativa que dispone que: "*cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente, se estará al más favorable al consumidor o usuario*".

De esta forma, se concreta un retroceso al viejo régimen de la ley 24.240, y se pretende que rijan los plazos de prescripción de la relación de que se trate, todo lo cual nos reintroducirá en un debate ya superado y afectará directamente a la persona más vulnerable, es decir, al consumidor o usuario.

III. 9. c. La sanción pecuniaria disuasiva

A su vez, se modifica el art. 52 bis de la LDC, que regula el denominado "daño punitivo", cambiándosele el "nomen iuris", e incorporándose expresamente la necesidad del reproche subjetivo al establecer que la sanción se aplica "*a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor*", aspecto absolutamente acertado.

Luego el texto fija las pautas de determinación de la pena y a renglón seguido expresa que su destino debe ser establecido por el juez sin definir pauta objetiva alguna para elegir dicho objetivo y olvidando la labor judicial del afectado.

De tal forma, esta reforma deviene disvaliosa por ser una norma abierta que establece que: "*la sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada*",

pues además de la falta de pautas objetivas resulta patente que el afectado tiene derecho a un porcentaje por haber colaborado con el órgano jurisdiccional a establecer la sanción de una conducta antisocial y vejatoria que afecta a la comunidad toda.

Aún cuando la reforma parece "inocente", en rigor, traerá aparejado la desactivación del mecanismo por falta de estímulo de los afectados que tendrán que litigar largamente sin obtener ningún rédito.

Si bien es cierto que se trata de una pena civil, quien actúa en interés de la comunidad merece al menos un premio o estímulo, tal como se regula en la acción revocatoria concursal, art. 120 de la ley 24.522.

III. 10. La situación del fideicomiso: la integración normativa y la construcción del esquema liquidatorio.

En la actualidad el art. 16 de la ley 24.441 establece que la insuficiencia de los bienes fideicomitados no dará lugar a la quiebra, y que en tal supuesto, y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario, procederá su liquidación, lo que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integran, y entregará lo producido a los acreedores según el orden de la ley de quiebras.

De tal modo, la ley dispone una liquidación ordinaria extrajudicial a cargo del fiduciario, sin advertir que en caso de insuficiencia patrimonial deben concurrir todos los acreedores en el orden de prelación que establece la ley concursal y, en esta inteligencia, hacerse la distribución que debe ser plural e igualitaria para respetar el derecho de todos los acreedores.

Por nuestra parte, habíamos cuestionado la vía extrajudicial y nos habíamos pronunciado por la necesidad de la intervención del órgano jurisdiccional para asegurar el adecuado reparto.

Esta última idea es receptada por el nuevo Código, que en el art. 1687 establece que *en caso de insuficiencia de los bienes fideicomitados procede su liquidación la que estará a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras en lo que sea pertinente.*

Ahora bien, pese al avance que implica la judicialización la norma es abierta e insuficiente.

III. 11. Los principios o directrices que debe respetar el sistema liquidatorio.

Desde esta atalaya, cabe agregar un nuevo artículo 1687 bis que imponga que las reglas que deben respetarse para la liquidación del patrimonio fideicomitado, tales como:

a) La convocación de todos los acreedores, tomando las medidas publicitarias estipuladas en los art. 27 y 28 de la ley concursal ante el silencio de la ley 24.441.

b) La liquidación, si bien no opera técnicamente el desapoderamiento pues el fiduciario encara dicha tarea, resulta indudable que todo el proceso estará enderezado a la realización del activo y la cancelación del pasivo.

c) En esta línea, resulta patente que los acreedores tendrán que legitimarse mediante la verificación de créditos, art. 32 y siguientes, lo que impone el informe pertinente del fiduciario liquidador que no puede ser resuelto "ante sí", por lo que, una vez más se impone el proceso judicial y la pertinente resolución jurisdiccional.

d) *Va de suyo que la convocatoria de todos los acreedores exige el vencimiento de las obligaciones pendientes de plazo y consecuentemente, la suspensión de los juicios de contenido patrimonial, mediadas que solo puede tomar el órgano jurisdiccional.*

e) *La realización del activo es el único aspecto donde el fiduciario parece tener más libertad que el síndico concursal, pese a lo cual también pueden existir aspectos polémicos en el modo de realización de los bienes que hacen a la correcta tutela del patrimonio fideicomitado y donde no puede predicarse que las normas contractuales se imponen en todos los casos.*

En una palabra, tal como se advierte de la reseña que hemos efectuado, todas las directrices legales referenciadas exigen su aplicación por el órgano jurisdiccional, única autoridad facultada para "decir el derecho" en el ámbito de la república.

III. 12. La responsabilidad del Estado

III. 12. a. El régimen formulado por la Comisión Redactora.

En un tema vital para el nuevo Código la Comisión de reformas -receptando años de jurisprudencia, principalmente, de nuestra Corte Federal³- propuso los siguientes lineamientos del sistema de responsabilidad estatal:

1. Artículo 1764.- **Responsabilidad del Estado.** El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.

2. Artículo 1765.- **Responsabilidad del funcionario y del empleado público.** El funcionario y el empleado público son responsables por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes.

3. Artículo 1766.- **Responsabilidad del Estado por actividad lícita.** El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.

En los fundamentos, la Comisión expuso los argumentos que respaldaban estas normas: *“El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Se ha utilizado el criterio definido por la Corte Suprema, que consideró que el ejercicio irregular es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de los que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos: 321:1124). Dicho con otras palabras, no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva. El funcionario o empleado*

³ Caso “Vadell” (fallos 306:2030); caso “Zacarías” (fallos 321:1124); “C. de G., F. c/Provincia de Buenos Aires” (D.J. 2001-3-866); caso “Toscano, Gustavo c. Provincia de Buenos Aires” (L.L. 1995-D-89), entre otros.

público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que impliquen el ejercicio irregular de su cargo. En cuanto a la actividad lícita, se establece que el Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro. Esta norma sigue criterios de varios fallos de la Corte Suprema”.

En síntesis, el texto de la Comisión Reformadora estaba correctamente articulado en orden a la responsabilidad del Estado.

III. 12. b. La versión del Poder Ejecutivo Nacional.

El Poder Ejecutivo produjo un giro importante en la materia que estamos analizando, estableciendo estas otras pautas:

1. Artículo 1764.- **Inaplicabilidad de normas.** Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria
2. Artículo 1765.- **Responsabilidad del Estado.** La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda
3. Artículo 1766.- **Responsabilidad del funcionario y del empleado público.** Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

En cuanto a las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo Nacional, explicó el Ministro de Justicia de la Nación Dr. Julio Alak en la reunión de la Comisión Bicameral -del 21 de agosto de 2012- para la reforma, actualización y unificación de los Código Civil y Comercial de la Nación que: “(...) *Se modificó el artículo por cuanto el proyecto afecta al federalismo, puesto que invade materias no delegadas de las provincias al Gobierno federal, tal como establece el artículo 121 de la Constitución Nacional (...) El Poder Ejecutivo considera que la responsabilidad del Estado y del funcionario es un tema que concierne al Derecho administrativo y es ajeno al Derecho civil. La posición del Poder Ejecutivo se ajusta a la doctrina actual de la Corte en la causa “Barreto”, donde se sostuvo que la responsabilidad del Estado corresponde al ámbito del Derecho administrativo y que la responsabilidad estatal encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del Derecho privado (...)*”.

Cabe preguntarse, entonces, cuáles son “las normas y principios del derecho administrativo nacional o local” que informan la responsabilidad del Estado y la responsabilidad de los funcionarios públicos; según la remisión que hacen las normas proyectadas en su nueva versión.

La respuesta no es tan sencilla pues, en muchos casos el propio Derecho Público local remite al Derecho común; de tal modo que los sucesivos reenvíos le restan claridad a la nueva normativa.

Sin embargo, y sin perjuicio de esta crítica, ello que no es óbice para valorar positivamente que el propio Poder Ejecutivo Nacional *reconoce la responsabilidad del Estado y de los funcionarios por los daños que causen.*

III. 12. c. Los ejes de la responsabilidad del Estado

Desde esta perspectiva, los ejes de la responsabilidad estatal por falta de servicio -en los que estaban de acuerdo la mayoría de la Doctrina y de la Jurisprudencia y que reflejó la Comisión de reformas en la versión original de los artículos 1764 a 1766- giraba en torno a que el Estado responde:

- Objetivamente
- Por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones
- Ausencia de necesidad de identificar al autor del daño
- Debiendo ponderarse las particularidades del caso
- Naturaleza de la actividad
- Medios de que dispone el servicio
- Vinculo entre la víctima y el servicio
- Grado de previsibilidad del daño

Iguales fundamentos cabe esgrimir para responsabilizar al Estado por su actividad lícita, dadas las remisiones al Derecho común para determinar sus presupuestos y sin perjuicio de las peculiaridades propias derivadas del hecho de que se trata de una responsabilidad por un obrar legítimo.

En este sentido, recordemos, se ha sostenido que: *“(...) si se trata de los daños producidos a raíz de una actividad legítima del Estado, la obligación de resarcir ha encontrado diversos fundamentos, sea la aplicación de la teoría del riesgo, el enriquecimiento sin causa, la equidad o la aplicación de principios constitucionales de igualdad ante la ley, la garantía de la propiedad o la igualdad de las cargas públicas. En este último caso, debe partirse de la base que si bien es cierto que existe para el administrado el deber de soportar determinados sacrificios por razones de interés público o bien común, no es justo que la carga de este sacrificio sea soportada en forma desigual y que unos aparezcan perjudicándose en pro de los demás (...) en definitiva, el estado debería responder aún cuando la conducta del agente no sea contraria a derecho, porque el sujeto sobre quien recae el daño no tiene el deber jurídico de soportarlo (...)”*⁴.

En la misma línea argumental, con respecto a la apreciación de la responsabilidad extracontractual del Estado por actos lícitos, cabe recordar lo expresado en las “Terceras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil” en las cuales se concluyó que dicha responsabilidad: *“(...) deviene como una consecuencia lógica de cúmulo de principios del ‘Estado de Derecho’, forma parte integrante de la teoría general del derecho de daños y la responsabilidad es directa y objetiva, y el deber de reparar se basa en normas de la Constitución nacional y principios y normas de derecho público que rigen casos particulares, por lo que ante la ausencia de previsión normativa específica deben aplicarse las disposiciones que gobiernan el deber de reparar en el derecho común (...)”*.

De acuerdo a estos principios, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: *“(...) Que la acción policial haya sido lícita, pues procuró mantener el orden y fue provocada por un estado de necesidad, no significa que el damnificado no tenga derecho a ser resarcido. Ello es así, porque si en el ejercicio del poder de policía de seguridad se crea un riesgo cierto por las exigencias que impone y ese riesgo se manifiesta en un daño, es justo que sea toda la comunidad en cuyo beneficio se halla organizado el servicio la que contribuya a su reparación y no el sujeto sobre el que recae el perjuicio que no tiene el*

⁴ CCiv y Com, San Isidro, sala I, 29/10/04, “Morales, Daniel c. Pcia. de Buenos Aires”, LLBA 2005-112.

*deber de soportar (...)*⁵.

En una palabra, la Comisión de reformas no hizo más que reeceptar estos lineamientos generales de larga data:

- Responsabilidad objetiva
- Daños derivados de actos lícitos
- Que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas

Por el contrario, según las nuevas normas proyectadas por el Ejecutivo Nacional, deberemos ahora remitirnos al Derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

III. 12.d. Las inseguridades e incertezas del actual esquema

Por lo tanto, en primer lugar, la víctima deberá indagar si existe un régimen de responsabilidad estatal en cada Provincia y en la Nación y, en caso positivo, en un segundo estadio, deberá analizar las diversas soluciones en materia de daños que tiene cada Provincia y la Nación con el riesgo de que varíen de jurisdicción en jurisdicción.

¿Y si no hay una norma general administrativa de responsabilidad estatal (nacional o local)?

En suma, hasta tanto se dicten las “supuestas” leyes generales de responsabilidad del Estado, se seguirá aplicando el Código Civil y Comercial de la Nación que es lo que ha venido haciendo la Corte federal (si se quiere por vía analógica o subsidiaria e, incluso, de manera directa ante la innegable unidad del Derecho), con fundamento inclusive en nuestra Ley fundamental -como hemos visto en los diversos precedentes citados-, y que es la solución que recogió la Comisión de reformas en las normas que proyectó sobre la materia; sin que por ello se haya violado el federalismo consagrado en nuestra Carta Magna (art. 121).

IV. Un serio llamado a la responsabilidad del Congreso

De todo lo expuesto, podemos concluir que la versión proyectada por el Ejecutivo Nacional de la normativa del nuevo Código Civil en materia de responsabilidad del Estado es disvaliosa pues, las normas del Derecho administrativo al cual remiten no existen, al menos como un cuerpo ordenado y sistematizado que le brinde certeza y seguridad jurídica a las víctimas de los daños causados por el Estado.

Las normas propuestas por la Comisión de reformas, en cambio, gozaban de claridad y solucionaban el “caso concreto” sin que por ello fueran inconstitucionales. Cabe enfatizar que se fundamentaban en la pacífica jurisprudencia de la Corte Federal en la materia.

En síntesis, cualquiera sea la opinión que prevalezca en el seno del Poder Legislativo y que se plasme en las normas que constituirán el régimen jurídico de la responsabilidad del Estado, lo único que importa es que no impliquen en los hechos que las víctimas queden sin reparación.

De todo lo dicho se advierte la necesidad de revisar objetivamente todo el Proyecto por una Comisión Revisora de Juristas Especializados y recién después de dicho dictamen, en un plazo de 90 días que se les debiera otorgar a dichos fines, escuchar nuevamente a la Comisión designada por decreto 191/11 y, consecuentemente formalizar con el trámite

⁵ “Toscano, Gustavo c. Provincia de Buenos Aires”, L.L. 1995-D-89.

reglamentario de ambas Cámaras a los fines de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial.

Es de esperar que la sabiduría de nuestros legisladores reine en la hora final, pues de ellos depende que los argentinos tengamos en claro cuáles son nuestros derechos, o bien, por el contrario, que padezcamos por años las consecuencias de normas jurídicas disvaliosas en aspectos nodales del que pretende ser el nuevo Código Unico Civil y Comercial.

Por último, no puede dejar de ratificarse y enfatizarse que el sistema de exposición y presentación de ponencias ante la Comisión Bicameral resulta insuficiente para la realización de un adecuado aparte al estudio y análisis de una reforma tan relevante como lo es la sanción de un nuevo Código en materia Civil y Comercial y la imperiosa necesidad de respetar el Reglamento de ambas Cámaras del Congreso y el régimen de sanción de las leyes establecido en la Carta Magna para asegurar la validez de su sanción y como prueba de institucionalidad y respeto al rol del Parlamento Nacional.