

**EXPOSICIÓN DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE
MISIONES ANTE LA COMISIÓN BICAMERAL PARA LA REFORMA,
ACTUALIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE
LA NACIÓN:-**

I.- CONSIDERACIONES GENERALES:-

A) Falta de tiempo para el debate –:-

En primer lugar, la importancia de las consecuencias que tendrá este proyecto en la vida de los habitantes de esta Republica, en caso de ser aprobado, impone que se disponga de un mayor tiempo de debate, reflexion y consideración de las reformas propuestas, pues para para alcanzar un verdadero consenso plural, democrático y federal no basta la amplitud admitida de 20 páginas o 10 minutos de exposición, ya que con esas limitaciones no se puedan verter posiciones respecto de una derogación de más de 5.000 artículos que quedan expresados en una nueva norma de 2.670 artículos.-

En tal sentido es vital que lo sancionado represente los intereses y valores de la sociedad, y ello solo es posible con una razonable amplitud de debate y estudio ya que así será la única manera que se logre el tan ansiado consenso democrático que se pregona.-

B) Falta de participación Multidisciplinaria

Es indudable que las materias tratadas en el proyecto de reforma trascienden el mero conocimiento jurídico o la técnica legislativa. Temas como la Familia, las Uniones Convivenciales, la Legítima, el Comienzo de la Persona Humana, la Protección del embrión, los Menores de edad, las relaciones parentales, son materias que trascienden la ciencia jurídica y se nutren de otras ciencias como la psicología, psiquiatría, la sociología, la medicina, la genética, la antropología social, la epistemología, la filosofía, la ética médica, la teología, la economía, sin embargo no se conoce el aporte de ningún especialista en tal sentido, si que participaran cerca de cien juristas y un contador público, pero resulta indiscutible que los juristas no pueden sentirse dueños del conocimiento. Innegable resulta que Velez Sarsfield no contó con todas estas herramientas, sin embargo resultaría una verdadera perdida para nuestra legislación el pretender introducir reformas para regular conductas sin el indispensable aporte que le pueden dar las citadas

ciencias, a sabiendas que nuestro país cuenta con los suficientes recursos humanos como para que dicho aporte sea provechoso para los próximos cien años.-

C) Contraposición entre la normativa proyectada y los objetivos propuestos.-

Existe una notable disparidad con respecto a los objetivos pretendidos por la reforma que se indican tanto en la nota de presentación del proyecto por parte del presidente de la Comisión como en sus fundamentos, con respecto a la realidad que surge del articulado proyectado.-

Por ejemplo existe una evidente discordancia entre la configuración de los **grandes paradigmas** del derecho privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento que el proyecto se ha propuesto como proposición metodológica, expresados en los fundamentos, con los que se surgen en realidad de la redacción del proyecto (ap. I “Aspectos valorativos” de la nota del presidente de la Comisión Dec. 191/11 de presentación del proyecto).-

Entre ellos cabe señalar, también a título ejemplificativo, la **constitucionalización** del derecho privado como consecuencia de los tratados de derechos humanos, lo cual implica una coherencia del sistema de derecho privado con el de derechos humanos y la adopción de normas de orden público en áreas relevantes, que no siempre pareciera respetarse, sobremanera en institutos en los que como el contrato de arbitraje o el fideicomiso en garantía se encontrarán directamente afectadas y comprometidas las garantías del debido proceso (ap. III de la nota del presidente de la Comisión cit.; ap. I aspectos valorativos y ap. II Método. 1.4. El Código y las Normas); el **paradigma colectivo** que pone el acento en las relaciones grupales y en los bienes colectivos.-

II.- CONSIDERACIONES PARTICULARES:-

A) FUENTES DEL DERECHO E INTERPRETACION

Título preliminar Capítulo I Del Derecho

En el artículo primero se observa una confusión entre lo que son las fuentes del derecho y el modo de interpretar el derecho.-

Esta confusión además de negativa para el intérprete será la fuente de una eterna discusión sobre lo que quiso decir el legislador, cuando en realidad puede evitarse tal discusión aclarando lo que son fuentes del derecho de lo que son métodos o sistemas para interpretar el orden jurídico.-

El Código Civil, en su art. 16 ya traía esta confusión, por lo que sería técnicamente mas apropiado resolverla para facilitar al lector la distinción entre fuente y metodo de interpretación, y permitir que el ciudadano común pueda comprender mejor que norma puede aplicarse a cada caso en concreto y cuales seran las reglas a las que deberá someterse el interprete evitando caer en la confusión entre fuente y mecanismo de interpretación.

Para aclarar corresponde señalar que son Fuentes del Derecho y como deben ser interpretadas esas fuentes.

Fuentes del derecho: La ley. Los usos, practicas y costumbres. Leyes analogas. Tratados sobre derechos humanos. Principios y valores juridicos. La jurisprudencia
La interpretación Para la interpretación debe tenerse presente las palabras de la ley. Su finalidad. Su coherencia con todo el ordenamiento. La interpretación debe ser razonable.-

Por ultimo, el artículo tercero que prevé el deber de los jueces de dictar una resolucioin razonablemente fundada, deja abierta una puerta excesiva al poder de los magistrados, ya que hoy se encuentran constreñidos a fallar conforme a la ley (art., 15 del C. Civil), o en su caso recurriendo a la costumbre, principios generales del derecho, etc. La mera remisión a una decisión razonablemente fundada no cumple el requisito del principio de legalidad impuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional, por lo tanto se propone

La propuesta

Se propone en consecuencia modificar la redacción de los arts. 1 a 3 de la siguiente forma:

- 1) Fuentes del derecho La Constitución Nacional. Tratados sobre derechos humanos. Los Tratados Internacionales. La ley. Los usos, prácticas y costumbres cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarias a derecho. Las Leyes análogas. Los principios y valores jurídicos. La jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso.
- 2) Interpretación. La interpretación debe tener en cuenta las palabras, las finalidades, la coherencia con todo el ordenamiento jurídico, y debe ser razonable en cuanto a los hechos y al derecho aplicado.-
- 3) Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción, aplicando los artículos 1 y 2 de este título preliminar.-

B) COMIENZO DE LA PERSONA HUMANA Consideraciones sobre el art. 19

(Parte General):- En el art. 19 del proyecto se sostiene que la persona humana comienza con la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción humana asistida.-

Conforme a ello los embriones crioconservados dejan de ser personas por nacer, es decir, deja sin tutela legal a los embriones en dichas condiciones, ya que al descalificarlo como personas, pueden ser utilizado para todo tipo de prácticas experimentales o bien desechados.- Es decir que condena a muerte a los embriones, que hoy son personas. Contradice el criterio que sostiene la doctrina mayoritaria al respecto: “embrión humano generado fuera o dentro del seno materno, es precisamente un ser humano en evolución y no en potencia.- Tiene carácter de persona desde su concepción”.- Además, presenta los signos característicos de humanidad, (requeridos por el artículo 51º del Código Civil), los que se encuentran presentes en el patrimonio genético del embrión.- La reforma contraviene las conclusiones de la XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Comisión I Presidida por los Dres. Lorenzetti y Rivera) donde la mayoría de los miembros de dicha comisión sostuvo que “la existencia de la persona comienza con su concepción, entendida ésta como fecundación, y a partir de ese momento tiene derechos que se respete su vida, integridad física, psíquica y moral.- El inicio de la vida humana coincide con el comienzo de la persona humana.-

También en esas Jornadas se resolvió que no se aceptaba la distinción entre embriones y preembriones según sus diferentes etapas evolutivas porque supone la fragmentación del concepto de persona, la que existiría o no según sus diversas etapas de desarrollo.- El embrión humano, generado dentro o fuera del seno materno es un ser humano en evolución y tiene el carácter de persona desde su concepción.-

Lo dispuesto en el artículo 19 del proyecto es contrario a la Constitución Nacional, que con fundamento en los tratados internacionales (Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de Santo José de Costa Rica (art. 4) y en la Convención sobre los Derechos del Niño, (art. 1) según Ley 23849, incorporados a la carta magna en el art. 75, inc. 22 CN, han establecido que la personalidad jurídica comienza desde la concepción.- Es decir, contraviene los pactos internacionales que tienen jerarquía constitucional, disponiendo simplemente a través de una ley de carácter general la descalificación de todos los embriones

que se encuentren hoy en esa situación o los que en el futuro alcancen ese rango.-

Existe también un trato desigual injusto, en tanto se protege al que se encuentra en el seno materno, y no al que está fuera de éste, lo que implica una discriminación de condición, cuando naturalmente constituyen misma esencia sin que su situación se vea modificada por estar o no en el seno materno, ya que ambos implican un ser humano en evolución, y discriminar al que está fuera del seno materno es considerarlo de una condición diferente, lo que violenta el art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, integrante de nuestra carta magna.-

Reenviar a una norma posterior a dictarse sin plazo, dejará durante todo ese tiempo indefensos a los embriones, lo cual implica una desatención por quienes resultan ser los mas débiles y desprotegidos, afectando su derecho a la vida, a la defensa en juicio y todas las garantías constitucionales y convencionales que se puedan imaginar. Nada obsta a que los embriones sean debidamente amparados por una ley especial, pero dejarlos desamparados y considerarlos “NADA” afecta no solo los principios sobre los que se sostiene la vida en comunidad – preservación y protección de la vida y dignidad del ser humano- sino también a las obligaciones asumidas por el Estado Nacional al suscribir la Convención sobre los derechos del Niño.-

C) DEBER DE FIDELIDAD EN EL MATRIMONIO:- Se propone también agregar a la redacción del art. 431 del proyecto el deber de fidelidad de los conyuges o bien mantener la redacción actual del art. 198 del Código Civil que establece como deberes y derechos de los cónyuges el deber de fidelidad, asistencia y alimentos.- Esto por cuanto las relaciones afectivas entabladas entre personas tienen como fin último la constitución de una familia, la que no puede quedar desprotegida en el ámbito de los deberes afectivos que toda relación impone, sustraer el deber de fidelidad a las relaciones matrimoniales implica directamente quitarle la protección jurídica que impone todo vínculo afectivo dirigido a la fundación de una familia.- En este sentido se incumple las obligaciones emergentes de diferentes tratados internacionales que imponen al estado el deber de proteger a la familia, al reconocerla como base fundamental de toda sociedad.- Ver: Art. 17 de la Convención Americana de derechos Humanos, Art. VI de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre. Pero además se le quita el valor de honestidad y lealtad que implica la relación conyugal. Resulta además

contradictorio reclamar deber de lealtad y buena fe a quienes integran o representan una persona jurídica, (arts. 144 y 159 del proyecto) y no hacerlo a la familia como institución que es la base esencial de toda la sociedad. La fidelidad es un elemento esencial en el contrato de Fideicomiso, lo es también como elemento del contrato de trabajo, entre dependiente y empleador. También resulta esencial en las relaciones entre los socios de las sociedades civiles y comerciales. Resulta esencial el deber de fidelidad del socio administrador con la sociedad y los demás socios (deber de no actuar en competencia con la sociedad) Es un elemento esencial en la relación abogado cliente y en la relación mandatario y mandante. Sin embargo si en esta clase de relaciones se exige la fidelidad, cuando lo que esta de por medio son relaciones negociales, o contratos, cuanto mas habrá de exigirse este deber, cuando se trata de relaciones afectivas y direccionales a proteger el ámbito de convivencia pacífica dentro de la familia. La constitución exige fidelidad al mandato expuesto en el art. 29 de la CN de no conceder facultades extraordinarias ni la suma del poder público. La infidelidad ignorada en la legislación es un premio al que traiciona al cónyuge, afectando los valores elementales sobre los que se edifica el matrimonio. No se trata de asegurar un resultado de no ser infiel, con una norma, se trata de reconocer un elemento fundamental de la relación que no puede ser desconocido por el derecho,

Por ultimo, no existe razón para excluirlo del sistema legal, cuando las normas que habilitan al divorcio vincular dejan de lado toda causal subjetiva, bastando la mera solicitud unilateral del cónyuge para que este sea viable.-

D) Responsabilidad del Estado:- En materia de responsabilidad del Estado y sus funcionarios, entendemos que las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo al anteproyecto elaborado por la Comisión Redactora son un retroceso en la materia.-

En efecto, el anteproyecto determinaba que el Estado y sus funcionarios respondían objetivamente por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones. Incluso determinaba la responsabilidad del Estado por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrificaban intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas (arts. 1764, 1765 y 1766).-

Estas disposiciones han sido modificadas por el Poder Ejecutivo, remitiendo la responsabilidad del Estado y sus funcionarios al ámbito del derecho administrativo y excluyéndolos expresamente de las disposiciones del CC. Los daños causados

por el Estado o sus dependientes en ejercicio u ocasión de sus funciones no forma parte del Derecho Administrativo, sino del derecho común. Excluir la materia de responsabilidad del derecho común afecta el derecho de igualdad y la garantía de trato igual. Esta situación frustrará los derechos de los particulares que se vean afectados por la actividad del Estado y constituye una regresión respecto del texto vigente del CC, que en su artículo 1112 determina la responsabilidad de los funcionarios públicos. Tampoco hoy se discute doctrinariamente la responsabilidad objetiva del Estado por el hecho lícito de sus dependientes.

En el ámbito de las Provincias, al ser el derecho administrativo materia no delegada al Estado Federal, significará que existirán tantos sistema de reparación de daños producidos por el Estado como provincias hayan en la republica, generando una notable inseguridad jurídica en contra del afectado, y restringiendo los derechos del ciudadano según la provincia donde se aplique la norma provincial. Por ello, opinamos que el texto previsto por la Comisión redactora del Anteproyecto salvaguarda de manera más efectiva los derechos de los particulares, los que podrían verse afectados de aprobarse el nuevo texto propuesto. Incluso esta nueva redacción podría ser atacada de inconstitucionalidad, ya que genera una discriminación hacia los afectados por un hecho dañoso generado por el Estado y/o sus dependientes, quienes podrían verse privados de una reparación plena de dicho daño ya que no queda claro como funciona esta remisión al “derecho administrativo” que hace el anteproyecto y cuales serían los criterios de reparación del perjuicio.-

E) Resguardo del derecho de defensa:-

La Comisión redactora de este proyecto ha manifestado que una de las finalidades del mismo ha sido dar mayor seguridad jurídica para la persona humana, para la familia y para la actividad económica, pero no se ha advertido, que en definitiva, si no se respetan debidamente las garantías constitucionales, en definitiva se va a lograr un efecto contrario al deseado.- Lo mismo sucede en cuanto al espíritu de tener una mayor celeridad en los procesos judiciales o bien descomprimir la actividad jurisdiccional, lo cual es muy importante que se logre, pero siempre resguardando el derecho de defensa y el debido proceso constitucionalmente establecidos.-

1) Así tenemos por ejemplo, lo dispuesto en los **Arts. 448 – 449** referidos a las Convenciones matrimoniales que solamente exige como forma de constitución y modificación la escritura pública.- Es muy importante destacar que en estos casos indudablemente se está produciendo una renuncia de derechos, puesto que se deja de lado el sistema ganancial con las consecuencias que ello trae aparejada en cuanto a la desigualdad que puede existir entre los cónyuges y el poder de sumisión de uno sobre el otro.- Por consiguiente, y sin estar en contra de la creación del instituto, se recomienda agregar, tanto en el art. 448 como en el art. 449, inmediatamente luego de "...escritura pública": "**...y homologación judicial. El juez deberá previamente oír por separado a cada parte, con asistencia letrada**".-

2) Otro caso lo tenemos en lo dispuesto en los **Arts. 910 – 911** por los cuales se crea un complejo sistema de "consignación extrajudicial", mediante el depósito de la suma adeudada "ante un escribano de registro" pretendiendo sustraer injustificadamente este modo de pago de la "función judicial", no vislumbrándose cuál es su ventaja, más aún cuando indudablemente sabemos que siempre hay cuestiones de derecho para que se tenga que consignar una suma de dinero, puesto que ante la desavenencia entre las partes siempre se termina desembocando en una consignación judicial.- Por tal razón recomendamos que no se sancionen estos artículos dejando solamente el procedimiento de pago por consignación judicial establecidos en los artículos 904 a 909 del Proyecto.-

3) También se debe resguardar el derecho de defensa, en los siguientes institutos:-

Art. 170:- Contenido del acto constitutivo de las Asociaciones civiles:- Debería agregarse como inciso ñ): "**Constancia de que hubo adecuado asesoramiento letrado en la redacción del mismo, debiendo el o los profesionales suscribirlo**".-

Art. 173:- Integrantes del órgano de fiscalización:- Debería agregarse que los "**integrantes deberán tener título de abogado**".- Parece muy razonable porque esa fiscalización no puede ser desempeñada con idoneidad, si los fiscalizadores

no tienen conocimientos jurídicos, circunstancia que es fundamental para la defensa de los derechos, tanto de todos los asociados, como los de la asociación.-

Art. 180:- Procedimiento para exclusión de un asociado:- Debería agregarse después del párrafo que reza “El procedimiento debe asegurar el derecho de defensa del afectado...”, la siguiente expresión “**con la debida asistencia letrada**”.- Sin intervención de abogados no es difícil imaginar exclusiones arbitrarias.-

Art. 187:- Forma del acto constitutivo de las Simples Asociaciones:- Agregar un párrafo que exprese: “**Constancia de que hubo adecuado asesoramiento letrado en la redacción del mismo, debiendo el o los profesionales suscribirlo**”.-

Art. 195:- Estatuto de las Fundaciones:- Agregar como último párrafo del art. 195: “**Y deberá constar que hubo adecuado asesoramiento letrado en la redacción del mismo, debiendo el o los profesionales suscribirlo**”.-

Art. 500:- Partición de comunidad de gananciales:- Cuando la causa de extinción de la comunidad sea distinta de la muerte comprobada o presunta, dada la conflictividad que implica (divorcio, etc.), y la necesidad de que cada uno esté debidamente asesorado legalmente para evitar presiones y abusos, es necesaria la intervención judicial.- Así cabría agregar al artículo 500 del Anteproyecto el siguiente párrafo: “**Si la causa de extinción de la comunidad fue distinta de la muerte comprobada o presunta se hará necesariamente por vía de homologación judicial**”.-

No se ve la misma necesidad en la partición luego de un régimen de separación de bienes (cfr. art. 508 del Anteproyecto).-

Art. 513:- Pactos de convivencia:- Para asegurar que no se produzcan las situaciones que prevé el mismo Anteproyecto en su art. 515 (que no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial), cabría agregar al art. 513 del Anteproyecto, inmediatamente luego

de cuando dice "...por escrito...", "**y homologado judicialmente. El Juez deberá previamente oír por separado a cada parte, con asistencia letrada**".-

Art. 2296:- Se refiere a los actos que no implican aceptación de herencia, agregar al inc. d): "**o se depositen judicialmente**", pues no se justifica que solo se tenga en cuenta el depósito de los fondos en una escribanía, cuando también se esta efectuando un renunciamento de derechos.-

Art. 2302:- Referido a la cesión de herencia, agregar "**que se puede hacer por escritura pública o por acta judicial**", dado que esta última modalidad tiene un fuerte arraigo en la práctica tribunalicia y es de muy bajo costo.-

Art. 2373. Se debe aclarar expresamente que **el perito partidor debe tener el título de abogado**, puesto que la partición es un acto jurídico regido por el Código Civil, y ordenamientos procesales.-

Acción reipersecutoria:- Se insiste con la intención de quitar el efecto reipersecutorio a la acción de reducción que hoy se establece en los arts. 1831 y 3955 del Código Civil y con ello dejarla sin efectividad, permitiendo la impune violación del régimen de legítimas hereditarias y la normativa constitucional que impone la protección integral de la familia (art. 14 bis C.N.).-

Así, el **Art. 2459** establece que "La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez (10) años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el art. 1901".- Con esta norma **se desprotege a la legítima por cuanto mientras está corriendo dicho plazo de prescripción, el heredero forzoso presuntivo no tiene acción para defenderse, la cual recién le nace con la muerte del donante**, en cuya oportunidad frecuentemente ya habrá operado la prescripción adquisitiva, con lo cual se consuma la lesión a la legítima. Se crea con este sistema una nueva clase de derechos, aquellos que son reconocidos por el Estado pero que el mismo Estado les niega protección. En el juego de valores se antepone el derecho de propiedad al orden público familiar, constituido por la legítima y los límites impuestos por ésta para las transmisiones gratuitas de bienes. Esta norma resulta extremadamente peligrosa, pues permite que el titular de los bienes se desprenda de la integridad de su patrimonio en forma gratuita, y

dicho acto solo quedará sometido a la confirmación dada por el transcurso del tiempo hasta que se computen los diez años previsto por la norma para así quitar toda protección a la institución de la legítima. La reducción de la legítima tal como se propone en el proyecto resulta un instrumento mucho mas apropiado y coherente con nuestro sistema de protección a la familia, de modo que recurrir a esta prescripción de tipo adquisitiva resulta redundante y confuso. Con este mecanismo se violenta el principio jurídico de que el curso de prescripción nace junto con la acción, y se deja inerte al heredero legitimario.-

Fideicomiso en garantía:- Otro de los casos que se da dentro del punto en que me estoy refiriendo es el del fideicomiso en Garantía establecido en el Art. 1680.- El proyectado Código Civil y Comercial contempla dentro del Título IV Sección 2da "De los Contratos en particular", Capítulo 30, "El Contrato de Fideicomiso". Sección 2da "Sujetos", en el art. 1680 el "Fideicomiso en garantía".-

Establece la norma proyectada que: "Si el fideicomiso se constituye con fines de garantía, el fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresan al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos y derechos fideicomitados, al pago de los créditos garantizados. Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía, el fiduciario puede disponer de ellos según lo dispuesto en el contrato y, en defecto de convención, en forma privada o judicial, asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes".-

Se recepta así de "lege lata" esta discutida especie de fideicomiso que no se encontraba expresamente contemplada en el Título I -arts. 1 a 26- de la mal llamada Ley de Financiamiento de la Vivienda (Ley 24.441), que resulta derogada por el art. 46 de la Legislación Complementaria (Derogaciones y Sustituciones).-

Sin perjuicio de ello, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias con pocas pero valiosas opiniones disidentes habían receptado "de lege ferenda" este tipo de fideicomiso que fuera rápidamente estudiado y utilizado por el notariado como un instrumento idóneo para sustituir los derechos reales de garantía como la hipoteca y la prenda, ofreciéndolo como la panacea que permitía al acreedor cobrar rápidamente su acreencia y al deudor pagarla (aunque compulsivamente), sin transitar por un juicio, siquiera de ejecución, como sucede en el caso de la prenda y la hipoteca.-

Ante estas circunstancias y por las dificultades propias de su adaptación no solo a un sistema jurídico diferente, sino también a costumbres e idiosincrasias distintas, lo cierto es que la especialidad del fideicomiso de o en garantía, suscita no solo problemas de ensamble legal, sino también y fundamentalmente de orden constitucional que dificultan su incorporación a nuestro sistema jurídico.-

El objeto evidente e inmediato del fideicomiso en garantía es posibilitar el cobro de un crédito garantizado por parte del acreedor (beneficiario) del deudor (fiduciante y fideicomisario) sobre las sumas de dinero que ingresan al patrimonio fiduciario con el producido de los bienes fideicomitados, como consecuencia de la disposición privada (o judicial) de los mismos por el fiduciario ante la comunicación del beneficiario, prescindiendo del necesario proceso de ejecución compulsiva de dicha garantía.-

Consecuente con ello, el fideicomiso en garantía importa una suerte de justicia por mano propia o autotutela del acreedor del crédito garantizado, sin derecho de defensa alguna por parte del deudor, que se ve privado del elemental derecho de defensa en juicio, el debido proceso, el derecho a la acción y el acceso a la jurisdicción frente a la simple comunicación de la falta de pago que efectúe el acreedor o beneficiario al fiduciario, que generalmente será una persona de la confianza del acreedor y no del deudor, violando así no solo la esencia de la fides en que se asientan los negocios fiduciarios, sino también y de modo fundamental las previsiones del art. 18 de la Constitución Nacional.-

La nueva institución afectará también de modo evidente las garantías judiciales del debido proceso cuyo respeto exige no solo esa norma constitucional sino también el paradigma de la constitucionalización del derecho privado en el marco de los derechos humanos (art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,) (art. 75 inc. 22 CN).-

Mediante esta figura contractual (pero con efectos reales, al reconocérsela además como un nuevo tipo de dominio fiduciario), se posibilita al acreedor o beneficiario el cobro compulsivo o contra la voluntad del deudor o prescindiendo lisa y llanamente de la misma, sin juicio previo, de un crédito con el producido de un bien que perteneciera a su patrimonio, que no obstante su transferencia en dominio fiduciario, tiene el cargo o la afectación específica por vía contractual de servir como garantía real de dicho crédito.-

Además sin perjuicio de su reconocimiento como un nuevo tipo de dominio imperfecto, el fiduciario (Libro IV “De los Derechos Reales”, Título III “Del

Dominio”, Capítulo 3. “Dominio Imperfecto” Art. 1964 “Supuestos de dominio imperfecto”), se lo regula como un contrato dentro de los derechos personales (Libro III “De los Derechos Personales” Título IV “De los Contratos en Particular”, Capítulo 31 “Dominio fiduciario”, arts. 1701/1707), aunque en realidad el fideicomiso en garantía implica la creación por decisión contractual de un nuevo y no tipificado derecho real de garantía que otorga al acreedor o beneficiario una superpreferencia de cobro directo e inmediato sobre la cosa que supera en sus efectos a cualquier derecho real sobre cosa ajena, y que dejará en desuetud a la hipoteca, la anticresis y la prenda que se mantienen contempladas como derechos reales de garantía (arts. 2205/2237).-

Por ello se considera que su incorporación a nuestro sistema de fondo no solo suscita los problemas legales y constitucionales antes apuntados, sino que fundamentalmente resulta innecesario, en tanto el interés de los acreedores se encuentra suficientemente garantizado por los citados derechos reales de garantía, sin mengua del derecho constitucional de defensa del deudor ejecutado.-

F) Contrato de arbitraje:-

Violación del sistema federal

En nuestro sistema federal de gobierno la regulación de los procesos y los institutos procesales relacionados con el juzgamiento de las personas y sus derechos pertenece, como principio, a cada una de las provincias y no al Congreso de la Nación (art. 5,75 inc.12; 121 CN).-

Así ha sido considerado desde la organización institucional de nuestro país contemplando la regulación del arbitraje en todos los Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de las provincias y de la Nación con claro apoyo de la más calificada doctrina y de la jurisprudencia incluso de la CSJN.-

No se desconoce que según la jurisprudencia de la CSJN las facultades de las provincias en el dictado de normas procesales no es absoluta, habiéndose admitido por excepción las facultades del Congreso para dictarlas cuando sea pertinente establecer ciertos recaudos de esa índole **a fin de asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los códigos de fondo o en las leyes comunes.**¹ Existe, en efecto, un vasto sector de normas procesales (entre las que se destacan las referentes a la admisibilidad de los medios de prueba), cuya sanción no podría reconocerse a cada una de las provincias sin **riesgo de**

¹ Fallos 136:154; Fallos 137:307

desnaturalizar instituciones propias del denominado derecho substancial o material.-

Pero lo cierto es que siempre se trató de medidas de carácter excepcional, tal como lo entendió la CSJN, que obedecieron única y exclusivamente a asegurar **la efectividad del ejercicio de los derechos que consagra la legislación de fondo.-**

La regulación procesal del arbitraje se encuentra notoriamente fuera de esos precedentes excepcionales, en tanto *no está en juego la eficacia de ningún instituto de fondo* cuya regulación corresponda a la Nación y que resulte necesario asegurar mediante el establecimiento de ciertos aspectos procesales que se consideren así íntimamente vinculados a la esencia de ese instituto para evitar su eventual desnaturalización. Es que el arbitraje en sí mismo como proceso privado por su esencia no es un instituto propio del derecho sustancial sino una herramienta procesal o de **juzgamiento** por el que se podrán resolver todas las cuestiones patrimoniales que las partes le sometan, cuya regulación corresponde indudablemente a las provincias.-

El arbitraje no puede ser delegado a cualquier persona

El proyectado **art. 1660** al regular las **calidades de los árbitros**, establece que puede actuar como árbitro **cualquier persona física con plena capacidad civil**, sin perjuicio de otras condiciones suplementarias que las partes puedan acordar en punto a la nacionalidad, profesión o experiencia de estos.-

Al preverse esas condiciones para desempeñarse como árbitros en cualquier tipo de arbitraje, incluyendo el arbitraje juris o de derecho, donde los árbitros deben basar sus laudos en el derecho aplicable al igual que lo hacen los jueces, se está **soslayando la necesaria exigencia de idoneidad profesional** que debe exigirse de estos últimos, en tanto su actuación, funciones y dictado del laudo o sentencia arbitral necesariamente fundado en derecho, ameritan al igual que para éste **la exigencia del título de abogado.-**

Para quien desea un arbitraje sin formalidades y basado en la equidad, según la conciencia y el leal saber y entender del árbitro, todas las legislaciones reconocieron desde siempre el arbitraje de equidad.-

El dictado de una sentencia o laudo arbitral de derecho sin la necesaria participación de abogados en la integración de todo el tribunal, afectará sin duda las garantías judiciales del debido proceso exigidas por el art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos, que integran el marco normativo que debe respetarse como consecuencia del paradigma de la constitucionalización del derecho privado que consagra la reforma (art. 75 inc. 22 CN).-

Por lo precedentemente expuesto, este Colegio considera que la inclusión del capítulo en cuestión en el nuevo régimen de fondo unificado resulta tanto inconveniente como desaconsejable.-

De insistirse en la conveniencia de la regulación del *acuerdo, pacto convenio, o convención arbitral* en el Código Civil –lo que no consideramos prudente- su regulación no podría ir mas allá de los arts. 1649 -Definición- y 1650 -Forma-, siempre considerado como “acuerdo de arbitraje” y no como “contrato de arbitraje” tanto en la denominación del capítulo 29 como en el primero de los artículos.-

G) Honorarios de profesionales:- El proyectado art. 1.255 consagra el libre juego de la oferta y demanda en materia de honorarios profesionales, considerando precio a los honorarios profesionales, lo que atenta contra las leyes de honorarios provinciales que establecen su carácter alimentario y en algunos casos el orden público de la normativa que regula a los emolumentos de los abogados.- Los honorarios profesionales no son un precio por una cosa o un servicio, son honorarios y tienen la misma naturaleza alimentaria que el salario, por lo que merece una protección especial para evitar su afectación por leyes del mercado, que en definitiva no solo afectaran al profesional del derecho sino tambien de modo indirecto al justiciable, por el desprestigio que lleva insita la calificación de precio al honorario profesional. La crítica fundamental de este artículo se centra en que se sigue profundizando la errónea política del art. 505 del actual Código Civil (reformado por ley 24.432), que vulnera abiertamente las autonomías provinciales y violenta normas constitucionales expresas, como lo son los arts. 121 y 122 de la Ley Fundamental. La pretendida y falsa intención de reducir los costos judiciales, mediante esta clase de normas ha llevado al colapso actual de la justicia en la mayoría de las Provincias y también en el ámbito federal, promoviendo así una especie de justicia barata, donde los únicos que sufren los costos son quienes precisamente deben defender al ciudadano, no existiendo contrapartida de disminución en las tasas aplicadas para acceder a la justicia. El combo actual honorarios baratos por aplicación del art. 505, proyecto 1205 mas inflación constante, hace atractivo el acceso a la justicia a los especuladores, que saben a ciencia cierta y con un simple calculo matematico que resulta mas conveniente

litigar años ante los estrados judiciales que honrar las obligaciones asumidas - Cuestión que suscita fuertes críticas, pues deviene poco menos que inentendible e injustificable que se pretenda insistir con una política legislativa que respondió en su momento a políticas neoliberales extremas. Habida cuenta de lo antes expuesto, velando celosamente por el federalismo y las autonomías procesales, piedras angulares de nuestra Constitución, consideramos imprescindible que este artículo sea eliminado.- Así lo exigen dichos principios de raigambre constitucional.-

H) Lucha contra las prácticas desleales en el ejercicio de la profesión:- Tal como lo proyectara la Diputada Parrilli, propiciamos la incorporación de mecanismos tendientes a limitar, o cuanto menos dificultar las prácticas desleales tan frecuentes en materia de daños y perjuicios.-

Así estimamos se deberían agregar al **Art. 1644** los siguientes párrafos:-

“Toda transacción respecto de la acción civil sobre indemnización del daño causado por un hecho ilícito no se podrá hacer válidamente si no es homologada por el Juez que fuere competente, siendo aplicable lo dispuesto en el art. 1643, aun cuando no hubiere derechos ya litigiosos.-

El Juez podrá disponer todas las medidas que considere convenientes a fin de proteger efectivamente el interés de la víctima, pudiendo hacer comparecer personalmente a los interesados a ratificar la transacción o a brindar las explicaciones que estimare necesarias, aun cuando éstos actuaren a través de mandatarios con facultades especiales.-

El pago de la transacción o sentencia homologatoria se efectivizará mediante depósito judicial en la causa, a favor de la víctima o sus derechohabientes”.-

Conclusión:-

Para finalizar, se ha destacado por sus redactores que el Proyecto del Código, no propone ninguno modelo de vida, es como una gran casa donde todos debemos convivir, cada uno en una habitación diferente, y el proyectado código será un instrumento para resolver los conflictos que se desaten dentro de la casa. Sin embargo se advierte que el no modelo, planteado, precisamente es un modelo elegido no al azar para la regulación de las conductas en los próximos cien años, lo cual obliga a prestar especial atención al NO modelo. Nuestra experiencia jurídica a lo largo de los años, demostró que el relativismo y el individualismo protegido a cualquier precio, lejos de favorecer la vida comunitaria pacífica la ha

perjudicado, generando compartimentos estancos en la sociedad privilegiando actitudes egoistas y caprichosas, desconociendo el valor social de los bienes y la solidaridad comunitaria como bases del desarrollo y la convivencia social.-

El proyecto de reforma omite proponer un camino a seguir por las sucesivas generaciones, las deja al libre albedrío, como si estas no se encontraran condicionadas por numerosas limitaciones de indole economico, social, cultural y geográfico que impiden el cumplimiento de esa falsa promesa de libertad total. Se parte del punto de vista de las sociedades de las grandes urbes y se desconoce la idiosincracia de las provincias, sus costumbres y modos de vida organizados. Se relativiza y minimiza el carácter dual del derecho-responsabilidad, y así se dejan desprovistos de protección derechos de raigambre constitucional. La paradoja del no modelo en un código civil es preocupante, pues esconde un modelo que se despreocupa del futuro de la ciudadanía en lo comunitario y en lo social, deja librado al azar el futuro de la comunidad. Otras naciones han marcado con sello indeleble en sus propias banderas el futuro perseguido “orden y progreso”, nuestra patria no puede perder la oportunidad de decidir hoy HACIA DONDE QUEREMOS IR, y por ello este proyecto deberá ser debatido en tal sentido, antes que aprobado en su regulación específica.-

Colegio de Abogados de la Provincia de Misiones