

APORTES DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE MISIONES AL PROYECTO DE REFORMA Y UNIFICACION DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

El Código Civil original elaborado por Dalmacio Velez Sarsfield, sancionado el 25 de Setiembre de 1869 bajo ley 340, fue modificado de modo sustancial el 22 de abril del año 1968, casi cien años después, por medio de la ley 17711, reforma señera en cuanto a la irrupción de principios sociales de equidad, buena fe y de solidaridad en institutos antes no reconocidos por la legislación, de neto tinte liberal e individualista. Hasta ese momento pocas fueron las reformas. Desde 1968 en adelante, pareciera que el legislador le perdió el miedo o el respeto a las reformas y sancionó mas de treinta reformas consecutivas y que llegan hasta la reciente reforma de la ley de convertibilidad, de defensa del consumidor, de mayoría de edad y de matrimonio civil igualitario, la ultima fue dictada en fecha 3/12/10, ley de Derecho a la protección de la salud mental Ley 26657.-

Hoy existe desde el poder político una férrea voluntad de reformar casi en su totalidad esta pieza jurídica de alto interés e impacto en la vida diaria de toda la ciudadanía, la reforma planteada, si bien modifica numerosas normas e institutos, a primera vista no cambia la ideología predominante al momento de la sanción del código con los aditamentos que la citada reforma 17711 (Borda) introdujo para arribar a resultados mas justos habida cuenta de las inequidades provocadas por el fracaso de los principios de libertad, igualdad y autonomía tal como se asumía en los primeros ensayos y códigos civiles desde el Código de Napoleón hasta esta parte.-

A primera vista puede advertirse que los autores del proyecto siendo académicos por naturaleza pretendieron introducir institutos novedosos no con el afan de construir o proyectar una sociedad futura, sino mas bien para dar respuestas pragmaticas a la problemática que vive la sociedad actual en general.

Para el Jurista Julio Cesar Rivera, el proyecto contiene una “suerte de indefinición de la ideología del nuevo Código”, con propuestas que privilegian la autodeterminación y la autonomía personal, y otras que conllevan “paternalismos incompatibles con esta idea de autonomía”. (Ver nota de Ariel Neuman en El Cronista Comercial del día 10/04/12.-

Para el Dr. Pablo Pirovano, los autores del proyecto, sistematizaron las normas de un modo distinto al utilizado en los actuales Códigos, utilizando una forma de redacción también distinta que apunta a “contener la mayor

cantidad de definiciones legales, de modo tal de dejar muy poco margen de interpretación judicial”. Otra particularidad es la de contener muchas precisiones procesales, sea en familia y sucesiones, como respecto a contratos, arbitrajes y competencia, afirma. “Se nota a simple vista la impronta judicial que le han dado los miembros de la Comisión de Redacción”, dice, y apunta también cierta inclinación por priorizar el derecho colectivo por sobre el individual. (Idem cita anterior de nota de Ariel Neumann)

Yendo al punto directo, resultan resonantes la introducción del instituto de las Uniones convivenciales, sistema éste que pretende dar un haz de legalidad y cobertura jurídica a los llamados concubinatos o uniones de hecho.

Si bien la reforma en este punto es novedosa, tampoco implica un avance revolucionario. Señal de ello es que sigue sin reconocerse ninguna clase de derecho hereditario al conviviente sobreviviente, y la protección que se prevé no supera los logros que a través de la jurisprudencia ya se venían reconociendo como es la protección de la vivienda donde residen menores conformando una suerte de familia, y el derecho a una compensación económica en caso de ruptura de la pareja a favor del que sufriera menoscabo económico en pos de la convivencia. Ejemplo, la persona que se ocupa de los hijos, podrá reclamar una compensación económica por el tiempo que no pudo generar ingresos económicos en razón de atender las necesidades hogareñas y de los hijos menores.-

Una cuestión controvertida es la de inscripción de la unión convivencial, sus pactos de convivencia y su extinción en los registros habilitados, el proyecto le otorga carácter meramente probatorio, sin embargo nadie podrá inscribir una nueva unión, si antes no canceló la anterior, lo que implica una cierta restricción a esta figura esencialmente informal.

La reforma en este sentido queda a mitad de camino, y seguramente traerá aparejados mas incógnitas que respuestas, lo cierto es que a nadie que haya formado una pareja en el sentido indicado por el código “con mas de dos años de convivencia” se le escapara que ahora si tendrá algunos derechos que podrá invocar y reclamar a la justicia su efectivo reconocimiento, por lo cual esta será una nueva hipótesis de conflicto que deberán comenzar a analizar los operadores jurídicos, abogados, jueces y quienes proyectan y construyen estructuras de respuesta a las nuevas necesidades sociales que se avecinan (se necesitará un tratamiento legislativo en cuanto

al proceso y mayor cantidad de juzgados de familia que se ocupen de resolver los conflictos que inevitablemente van a llegar a las sedes judiciales).-

Divorcio, en este caso los autores del proyecto han perseguido distinguir el conflicto derivado de la relación conyugal de las relaciones entre los padres e hijos. En ese sentido la mera petición de divorcio, junto con una propuesta de acuerdo respecto del régimen de tenencia, atribución del hogar, visitas y alimentos, servirá para que previo comunicación a la otra parte el juez se encuentre habilitado a decretar el divorcio y dar respuesta a las demás cuestiones, sin condicionar la disolución del vínculo a éstas, ni tampoco a la voluntad contraria de alguna de las partes. Las previsiones del proyecto señalan que el divorcio podrá salir mucho mas rápido que en la actualidad, sin embargo, ello sería suponer que la demora solo obedece a las dos audiencias que hoy impone el código cuando hay mutuo acuerdo o cuando no existe el mismo, solo la práctica tribunalicia dará una respuesta real, aunque se evidencia que se han levantado trabas concretas que ocurren a la hora de resolver conflictos familiares como estos. Pese a las buenas intenciones evidenciadas, el conflicto familiar no queda resuelto con divorcio, y la actualidad demuestra que la cuestión jurídica del matrimonio es atravesada por las cuestiones familiares y sociales que la nueva legislación no da respuesta, y ello pese a que la idea de trato multidisciplinario de los conflictos familiares está latente pero no se deja ver en el proyecto a la hora de proteger los vínculos familiares y contener y proteger a aquellos que por una u otra razón lo requieran.-

En este sentido se advierte un vacío legal que los proyectistas no advirtieron, o eligieron no llenar.

Para evitar esta desprotección notoria que surge de la familia como elemento fundamental del Estado, que debe ser protegida por la sociedad y por el Estado conforme art. 14 bis de la Constitución Nacional, art. 17 del Pacto San Jose de Costa Rica, art. VI de la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre; art. 16 inc. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 10 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Preamble de la Convención sobre los derechos del niño, se sugiere que se incorpore al art. 706 del Proyecto normas tendientes a facultar a los jueces intervinientes en cuestiones de familia, para que de oficio o a petición de parte ordene medidas de contención familiar multidisciplinaria tales como terapia psicológica individual o grupal, terapia psiquiátrica, debiendo

ejercer el control y seguimiento de las medidas ordenadas por medio de informes emitidos por los profesionales terapeutas y de asistentes sociales, todo con el fin de otorgar una contención humana a la situación de conflicto familiar, admitiendo también la intervención de aquellas instituciones que específicamente se dedican a la atención espiritual y psicológica de las personas. El Estado deberá garantizar la asistencia en tales casos para las personas que no puedan afrontar los gastos que demanden las medidas ordenadas. Los profesionales intervinientes deberán estar inscriptos en los respectivos colegios profesionales y actuar dentro de las normas de ética profesional vigentes para cada profesión.-

Respecto de las UNIONES CONVIVENCIALES El Art. 510 establece el no reconocimiento de efectos jurídicos cuando exista otra convivencia registrada. El art. 523 preve el cese de una unión convivencial por el inicio de una nueva. Hay una clara contradicción en tanto, para el 523 cesa la anterior y para el 510 la nueva no tiene efectos mientras siga registrada.-

Prescripción liberatoria, este instituto propio del derecho civil implica la posibilidad de todo deudor de liberarse de su acreedor, sin pagar por el solo transcurso del plazo legal sin reclamo judicial del acreedor. El actual Código Civil prevé un plazo general de 10 años para la liberación del deudor, desde que la deuda es exigible, y el proyecto rebaja el plazo a cinco años, con la consiguiente reducción razonable de plazo para habilitar a un acreedor a ejercer un derecho mediante la persecución judicial. La reforma responde a nutridas opiniones que comparten la necesidad de que acortar los plazos en una sociedad donde los medios tecnológicos a disposición y el giro de los negocios imponen un mayor grado de eficiencia y de libertad, todo lo cual permitirá un más ágil tráfico de bienes y servicios. En este sentido las provincias deberán actualizar toda su legislación impositiva, en cuanto la redacción actual del art. 4023 no difiere en esencia de la redactada en el proyecto, art. 2560.-

En el caso de las sucesiones, se plantea una reforma importante respecto del derecho de la persona a disponer libre y gratuitamente de sus bienes. Hasta ahora el ciudadano solo puede disponer en vida en forma gratuita de no más del veinte por ciento de su patrimonio, si supera ese límite pueden los herederos iniciar acciones que tienden a recomponer ese patrimonio indisponible que constituye la legítima. De aprobarse el proyecto la persona podrá disponer libremente de la tercera parte de su patrimonio en caso de tener descendientes, y del cincuenta por ciento del patrimonio en caso de tener solamente ascendientes o cónyuge sin descendientes. Para el caso de

herederos con discapacidad este porcentaje se eleva a un tercio extra. Estas modificaciones si bien no son radicales pues mantienen un alto porcentaje de indisponibilidad, responde a los reclamos de mayor libertad a la hora de dar destino final y de acuerdo a la voluntad de la persona sobre sus bienes.-

Aporte realizado por el Dr. SEBASTIAN NOGUERA

CAPITULO 5º, SECCION 7ª; CONTABILIDAD Y ESTADOS CONTABLES.

En esta sección del capítulo correspondiente a los actos jurídicos el legislador ha incluido la obligatoriedad de llevar contabilidad para toda persona jurídica de carácter privado o bien para cualquier otro sujeto (persona física) que realice una actividad económica en forma organizada, esto incluye en realidad casi toda actividad empresarial.

El artículo 320 del proyecto es sumamente inclusivo pues todo aquel que tenga personalidad jurídica reconocida por la ley y tenga carácter privado deberá cumplir con esta obligación, lo que no parece mal pues toda corporación sea comercial, o no, debe reflejar su contabilidad de la manera más sincera posible para que quienes se vinculen con ellas puedan tener información concreta sobre el aspecto patrimonial.

Actualmente la obligación de llevar libros se encuentra regulada en el Código de Comercio Art. 33 incisos 2º y 3º y 43 a 67.

La nueva regulación resulta ser muy semejante a su antecesora pero más concisa en algunos aspectos, sobre todo en cuanto al valor probatorio y a las posibles disputas que puedan darse entre quienes lleven sus libros en debida forma y quienes no lo hagan. Claro que ahora el proyecto no refiere a los problemas entre comerciantes pues al haberse generalizado la obligación a todo aquel que desarrolle una actividad económica organizada esto ha dejado de ser una carga únicamente referida a los comerciantes pasando a ser una carga de todo el que desarrolle una actividad empresarial con algún grado de importancia o trascendencia económica.

Más allá de que resulte adecuado que todos los que desarrollen actividades económicas organizadas deban llevar registros contables, parece muy clara la redacción al imponerse la obligación en estos términos:

“Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada ¿o son titulares? de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios.”

Crítica y Sugerencia: Pues bien resulta objetable la redundancia de la norma y puede mejorarse y simplificarse su redacción, dado que una actividad económica organizada supone la actividad empresarial independientemente de quien sea su dueño o titular, a partir de allí la idea de *titularidad* establecimiento comercial, industrial o de servicios queda obviamente incluida dentro de una actividad económica organizada, con lo cual la formula bien podría reducirse únicamente a esta última sin incluir conceptos equívocos como *titulares*, dejando bien claro que quien realiza la actividad económica en forma organizada es el obligado a llevar la contabilidad tal como lo prescribe el proyecto. De este modo la formula resultaría menos ambigua e igualmente inclusiva.

El término *titular* pareciera referirse al *dueño* de la empresa o establecimiento de que se trate (comercial, industrial o de servicios), claramente el proyecto sigue el derrotero que se ha propuesto en los fundamentos al señalar que se utilizarían palabras comunes para el pueblo en general, pero no nos parece adecuado utilizar el termino titular teniendo en cuenta que tal palabra puede incluir a quien no tiene el dominio de la actividad pero si la ostentación de un cargo pudiendo ello generar algún tipo de dudas respecto de quien es el obligado.

Claramente en una persona jurídica de carácter privado el obligado es el la propia entidad jurídica diferenciada como centro de imputación de derechos y obligaciones, el obligado no será quien ejerza un cargo o titular de una sociedad (presidente, gerente, menos aun los accionistas, etc.), sino la sociedad misma.

Si una actividad empresarial se ejerce en forma personal será éste –la persona que realice la actividad como dueño- el sujeto obligado por la norma.

Claramente la norma no se refiere más al ánimo de lucro –arts. 1 y 8 Cod. Com.- como elemento tipificante de la obligación de llevar contabilidad, ánimo este que se presumía en el viejo concepto de comerciante que actualmente es superado por el concepto de empresa y empresario muy bien recogidos por el proyecto.

En síntesis nos parece que actividad económica organizada y actividad empresarial son términos equivalentes que, juntamente con las personas jurídicas de carácter privado comprenden toda la gama posibles de sujetos que el legislador entiende se hallan obligados poseer contabilidad sujeta a normas claras, pudiendo reducirse la formula legal únicamente a: “Están obligadas a llevar

contabilidad todas las personas jurídicas privadas y todos aquellos que realizan una actividad económica organizada.”

LIBRO TERCERO, CAPITULO 2º, SECCION 3ª.

El proyecto ha explicitado el principio harto conocido en nuestro derecho respecto a que el patrimonio es la garantía común de los acreedores. En nuestro actual código civil no existe una norma expresa que disponga tal regla, no obstante la doctrina desde siempre entendió que tal aspecto resultaba una consecuencia lógica del sistema pues diversas normas del código civil permitían deducir tal conclusión, lo que obviamente era totalmente sensato pues carecía de sentido que el legislador del siglo XIX hubiera organizado todo un andamiaje destinado a fortalecer tal interpretación y que luego se consagrara en la praxis todo lo contrario. Amen de ello y tomando en cuenta nuestra fuente más importante (Código) era evidente que aunque Vélez no lo haya escrito respetaba lo que los franceses sí lo habían consignado expresamente en su legislación civil; por eso parece adecuado reconocer lo que nuestra propia historia nos ha marcado en este aspecto, con lo cual el artículo 743 del proyecto resulta plenamente justificado.

En cuanto al contenido específico de la sección claramente se sigue marcando el principio *priore in tempore potiore in jure*, a pesar de que en el artículo mencionado se establezca una regla aparentemente paritaria “*todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria*”, nada novedoso aporta esta regla en tal sentido, pues como ya lo dijimos este principio se hallaba ya reconocido en la doctrina y expresamente en diversas normas de la actual legislación civil. Obviamente que todos los acreedores (privilegiados o quirografarios) tienen la posibilidad, al menos teórica, de ejecutar los bienes del deudor y a priori ello es elemental pues desde el punto de vista abstracto todos parten de la misma premisa: la prenda común la constituye el patrimonio del deudor. Es decir que todos cuentan con la factibilidad de ejercitar sus derechos conforme esta legislación mientras no exista un proceso universal abierto, lo cual no aporta nada nuevo a la cuestión, dado que los acreedores, independientemente de su tinte y calidad, siempre tuvieron la posibilidad de agredir el patrimonio del deudor común.

Ahora bien, no es lo mismo decir que todos los acreedores pueden ejecutar los bienes en posición igualitaria que decir todos los acreedores pueden cobrar en posición igualitaria, lo cual sabemos que constituye una simple expresión de deseos, no obstante como punto de partida es loable la intención.

Adviértase que tras sentar tal punto de partida en el artículo 745 se mantiene el principio de que el primer embargante posee prioridad para percibir su acreencia, con lo cual todo se endereza a la antigua usanza de la carrera del diligente o del más poderoso. Si es novedosa, aunque sobreabundante, la regla relativa a que tal prevalencia sólo es oponible en los procesos individuales lo que resulta coherente, pues en los procesos universales campea sí una regla más paritaria *-pars conditio creditorum-*. Pero como sea que fuere, lo positivo es que se consigna claramente la diferencia existente entre procesos individuales y procesos universales. Pero bastaría para establecer lo mismo algunas pocas palabras, por ejemplo *El patrimonio es la garantía común de todos los acreedores, todos pueden intentar cobrarse en un plano de igualdad, pero el primer embargante tendrá prioridad sobre los de su misma especie mientras no exista proceso universal abierto, en cuyo caso deberán concurrir al mismo bajo las reglas allí previstas.*

El orden de la traba de las medidas cautelares en los registros pertinentes les otorgara prioridad para el cobro por sobre sus acreedores surgiendo el mismo de las constancias registrales en el orden previsto por las leyes registrales, salvo excepción legal relativa a privilegios.

En cuanto a los bienes inembargables es adecuado que se haya hecho una buena y actual descripción en concordancia con lo que la jurisprudencia inveterada lo viene destacando.

LIBRO VI, TITULO I, SECCION SEGUNDA.

En cuanto a la prescripción liberatoria y en relación a la opinión que se nos ha requerido relativa únicamente al aspecto comercial nos preocupa el inciso *d* del artículo 2564 del proyecto, el mismo señala que se prescribe por un año los reclamos de cualquier documento comercial endosable o al portador, cuyo plazo comienza a correr desde el día del vencimiento de la obligación.

Esta norma tal vez requiera que la comisión revea alguna precisión pues es muy confusa.

Primeramente hay que señalar que la norma se refiere claramente a los títulos de créditos, lo cual se encuentra regulado básicamente en el decreto 5965/63, en la ley 24.452 y otras no menos importantes que regulan distintos títulos valores, pero la gran mayoría y los más comunes se hallan regulados en las dos normas mencionadas expresamente.

Que un documento sea endosable hace a su función esencial cual es la circulación, o sea que sea transmisible simplemente por una firma -endoso- y su posterior entrega. Ahora bien, un pagare o una letra de cambio son documentos transmisibles por endoso, aunque tal característica pueda ser limitada, empero estos documentos no pueden ser jamás al portador dado que el derecho que los regula DL 5965/63 expresamente establece que son documentos a la orden, lo que impide intrínsecamente que sean al portador. No ocurre lo mismo con el cheque que si puede ser un documento al portador.

Tal vez el proyecto ha confundido que hecho de que los primeros títulos de créditos mencionados puedan ser creados en blanco, lo cual son cosas sumamente distintas que al portador.

Siendo ello así este inciso podría generar serios inconvenientes a la hora de determinar que documentos se encuentran comprendidos.

Por otra parte, pareciera ser que se eliminan los plazos de prescripción de las actuales acciones de regreso y de reembolso, no pudiendo emitir una opinión concreta respecto de las acciones causales, pero pareciera que también dicho plazo de prescripción también se encuentra comprendido en esta norma tan limitada y poco clara.

Sin dudas requiere un mejor tratamiento, sobre todo teniendo en cuenta que el proyecto tiene la clara disposición que deroga el código de comercio lisa y llanamente con lo cual muchas leyes especiales que forman parte del propio código de comercio porque así lo disponen esas propias leyes quedarían también derogadas, lo cual es más peligroso aun. Habrá que tener mucha precaución en este asunto.

LIBRO SEXTO, TITULO II, CAPITULO 1.

En cuanto al régimen de privilegios parece adecuado que se intente armonizar la gran dispersión que a pesar de la mejoría que propone el proyecto sigue existiendo en nuestro derecho. Es, sin dudas, un acierto unificarlo al régimen concursal.

En cuanto a esta reforma nos preocupa el hecho de que el último inciso del artículo 2575 claramente modifica el artículo 43 párrafo decimo de la ley 24522 el cual permite expresamente que el acreedor laboral pueda renunciar al privilegio, cosa que el proyecto prohíbe expresamente.

En cuanto al artículo 2579 que reenvía a la aplicación de la ley de concursos cuando exista procesos universal, haya o no cesación de pagos, no

alcanzamos a comprender si con esta expresión, o sea *si haya o no...*, se refiere a la existencia de concurrencia de acreedores en una sucesión. De lo contrario carece de sentido esta frase, pues en el único proceso concursal voluntario, por así decirlo, que no existe la cesación de pagos como único presupuesto es en el acuerdo preventivo extrajudicial, lo que ya está regulado en la ley 24.522 de ahí que resulte poco conveniente incluir una fórmula tan extraña y confusa.

Lo mismo cabe agregar del artículo 2.580 pues los privilegios generales jamás existieron en la legislación civil, solamente existen en la ley de concurso y quiebras, por lo que no entendemos el motivo de una inclusión completamente innecesaria que solo existe en otro orden legal (concursal).

Aporte del Dr. HECTOR MARTIN AYALA

En primer lugar destaco la importancia del Proyecto y su trascendencia para la vida de los ciudadanos, sin perjuicio de las observaciones que en el informe se citan.

Anexo I

Informe sobre el tratamiento del Derecho de los Contratos en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial.

Introducción.

El Anteproyecto de Código Civil y Comercial, en la materia bajo análisis, mantiene la metodología planteada en el Código Civil y divide la regulación legal en una parte General de Contratos y una parte Especial dedicada a los diferentes contratos típicos.

Como apreciación general destaco que la Anteproyecto ha introducido al texto legal, en muchos casos, las soluciones que la jurisprudencia y la doctrina aconsejaban en cada caso concreto, y de tal manera consolida el principio de seguridad jurídica.

En el análisis del texto legal, y para evitar una profundidad del análisis que no se compadece con el trabajo encomendado, solamente vamos a referirnos a los aspectos que puedan generar dudas o debates del texto propuesto, reservando para otra oportunidad el análisis meticuloso del Anteproyecto.

Parte General:

En relación al texto de la parte General del proyecto, se advierten las mayores innovaciones, pero -tal como se explicó en el apartado anterior- solamente vamos a detenernos en destacar los textos que puedan ser pasibles de alguna

observación o debate.

Formación del Consentimiento. 1) El Anteproyecto innova en cuanto a la consideración del momento de celebración del contrato entre ausentes. En el esquema del Código Civil, la ley se adhería al sistema de la Emisión o Envío, en cambio el sistema del Anteproyecto adhiere a la teoría de la Recepción, de una manera de uniformar los sistemas imperantes en la Región (Brasil, Paraguay) y en la Ley de Compraventa Internacional de Mercaderías (Art. 971).

Asimismo, el Anteproyecto también modifica los requisitos de la Oferta para ser tal. En efecto se prevé que la oferta deba ser a personas determinadas o determinables. (Art. 972) Este criterio puede generar dudas y confusiones sobre los alcances de tal “determinabilidad”, es decir a quiénes se refiere el proyecto con personas “determinables”. En esta opinión no puede confundirse con “oferta al público” -considerada una “invitación a ofertar” conforme el art. 973- y tampoco puede referirse a que la determinación de la persona se consolida al momento de la aceptación, pues en tal supuesto toda “invitación a ofertar” u “oferta al público” (Art. 973) dejaría de ser tal al momento que alguien la acepte, importando una abierta contradicción entre ambos textos legales (Art. 972 vs. 973).

De tal manera opinamos que el texto debe referirse a colectivos concretos de personas, que aunque inciertos, podrían ser individualizados, v.g. “oferta para estudiantes universitarios”; “oferta para Pequeñas y Medianas Empresas”.

Por último, estimamos que sería de provecho llevar claridad en el texto propuesto, ya que la ambigüedad del término -“*personas indeterminadas*”- puede llegar a confusión y con el agravante que las consecuencias son importantes (en un caso existe oferta -Art. 972- y ella es vinculante por un plazo razonable y en cambio en el otro supuesto -Art. 973- no hay oferta exigible).

2) El Anteproyecto mantiene la premisa que la oferta al público, que denomina oferta a “*personas indeterminadas*” no es considerada oferta (Art. 973) pero a continuación agrega “*salvo que de las circunstancias surja su intención de contratar*”.

Estimamos que este texto también puede generar debate sobre las consecuencias de una oferta al público, en punto a discrepar sobre las “*circunstancias*” que deberían ser consideradas para determinar la intención de contratar.

Advertimos que en la práctica, quien formule una oferta al público (y siempre que en el caso no se aplique la Ley de Defensa del Consumidor, puesto que en tal situación, la cuestión se dilucida en el ámbito de dicha norma) deberá manifestar expresamente si tiene o no intención de que su propuesta sea considerada oferta vinculante o no.

De lo contrario, es decir ante la falta de dicha previsión, podría generarse un debate o litigio, ante la discrepancia en los alcances de la oferta a personas indeterminadas entre oferente y aceptante.

Por ello, proponemos una mayor claridad en el texto propuesto para evitar el litigio y debate sobre la interpretación de una propuesta al público.

3) El Anteproyecto prevé la fuerza vinculatoria de la oferta “*salvo que lo contrario resulte de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso*” (Art. 974).

En este punto, parece razonable el principio general (oferta vinculante) y además que pueda ello ser exceptuado por los propios términos de la oferta, fundado en al autonomía de la voluntad. Mayores reparos surgen de la posibilidad que la oferta no sea vinculante por “*las circunstancias del caso*”, ya que cabe preguntarse qué “*circunstancias*” daría lugar a la excepción al principio general por el cual la oferta obliga a quien la formula.

Esta parte del artículo citado merece similares reparos que la del texto destacado en los apartados anteriores, sobre la **ambigüedad del término “*circunstancias*”**.

En este aspecto, parece que el texto legal debería brindar mayor certeza y seguridad para evitar un dispendio judicial innecesario, ratificando el principio general -obligatoriedad de la oferta- con la sola excepción de una previsión expresa.

4) El texto propuesto, ratifica la regla actual que prevé que la aceptación debe coincidir totalmente con la oferta para formar el consentimiento (Art. 978), pero a renglón seguido (art. 982) establece que los acuerdos parciales “*concluyen el contrato si ... expresan su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares*”.

Este último texto, si bien parece adherir a la teoría denominada “*punktation*”, esa premisa es incompatible con la regla prevista en el art. 978, ya que si

por un lado la aceptación debe coincidir totalmente con la oferta, es inadmisibles, que aun cuando no coincida totalmente con ella, se pueda considerar que ha surgido un contrato, cuando la aceptación refiere a los aspectos esenciales de la oferta.

En este punto sería aconsejable, adoptar uno de sendos principios propuestos, o por un lado se ratifica el principio de la aceptación a todos los puntos de la oferta, o por otro adherir al sistema de la “*punktation*” como parece indicar el art. 982 mencionado.

Garantías de Saneamiento. 1) El régimen legal propuesto establece un sistema de reglas generales aplicables a la evicción y a los vicios redhibitorios.

En cuanto a la responsabilidad por evicción, se establece la obligación de indemnidad del adquirente salvo (Art. 1047) que el adquirente, habiendo citado al garante “y aunque éste se allanó, continuó con la defensa y fue vencido”. Tal texto legal puede conspirar contra el derecho de defensa.

En efecto, si bien, ante el allanamiento del garante, si el adquirente continúa el juicio del tercero, los gastos de tal proceso podrían ser dispensados al garante, parece injusto que además el adquirente pierda el derecho a “efectuar ningún otro reclamo”, ya que significaría poner al adquirente en la disyuntiva de defenderse en juicio (corriendo el riesgo de perder la garantía por evicción) o no defenderse y recurrir exclusivamente a la indemnización prevista para la garantía por evicción.

Parece indudable que se afecta el derecho del adquirente a su defensa, a ser oído, a un proceso judicial, consagrados constitucionalmente.

2) La garantía por vicios ocultos, no comprende los defectos que no existían al tiempo de la adquisición, lo que es compatible con las reglas del actual régimen legal civil, pero en el anteproyecto se agrega una inversión de la carga de la prueba, por la que se presume que el vicio es anterior a la adquisición, cuando el “*transmitente actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la transmisión*” (Art. 1053 inc. 2°).

Esta inversión de la carga de la prueba puede volverse injusta, puesto que coloca al transmitente profesional en la situación de tener que garantizar incluso vicios ocurridos posteriormente a la transmisión ante la dificultad de demostrar la antigüedad del vicio.

En nuestra opinión la inversión de la carga de la prueba

prevista, puede resultar en una obligación objetiva del transmitente profesional que va a encontrar graves dificultades para demostrar la antigüedad el vicio en una cosa que ni siquiera posee.

Imprevisión. 1) El anteproyecto regula la figura de la **Imprevisión o Excesiva onerosidad sobreviniente** en el artículo 1091, pero admite su aplicabilidad aun en caso que el perjudicado se halle en estado de mora.

De esa manera quien está en mora y luego de esta hecho, por circunstancias imprevistas, la prestación a su cargo resulta excesivamente onerosa, se beneficiaría de su estado moroso para solicitar la resolución o revisión del acuerdo.

2) Por otra parte el mismo artículo 1091 prevé que la **Imprevisión** habilita la solicitud de *Rescisión* total o parcial del acuerdo. Asimismo, conforme el artículo 1079 del texto del anteproyecto, la *Rescisión* tiene efectos para el futuro, con lo que las prestaciones ya realizadas quedan firmes, lo que podría generar una situación de injusticia porque extingue el contrato con efecto hacia el futuro, por imprevisión, pero si alguna de las partes ha cumplido parcialmente sus prestaciones, no podría requerir la repetición de las mismas.

Consideramos, en consecuencia, que el efecto de la imprevisión debería ser la *Resolución* del Contrato, que tiene efectos retroactivos.

Parte Especial.

Compraventa. Boleto de Compraventa. Oponibilidad frente a terceros. El contrato de compraventa se ve complementado el en régimen del Anteproyecto, con la regulación especial del Boleto de Compraventa.

En ese cúmulo de reglas, se prevé que los derechos del adquirente de Buena Fe tiene prioridad frente a terceros que hayan trabado medidas cautelares, siempre y cuando: ... “d) *la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria*”. (Art. 1170).

En este punto, consideramos que para que los derechos del adquirente mediante Boleto de Compraventa sean oponibles al embargante, deben ser, además de publicitados (mediante su registro o mediante la posesión), con fecha anterior a la publicidad (registral) del acreedor embargante.

En efecto, para que el derecho del adquirente sea oponible a los derechos de terceros (acreedores embargantes) debe tener publicidad con anterioridad a la publicidad de los derechos de éstos.

Es verdad que podría afirmarse que si el tercero embargante ya ha registrado su derecho (publicidad registral), el adquirente no podría ser considerado de Buena Fe (y de tal manera carecería de protección legal), pero aun así estimamos que el texto del inciso d) del artículo 1170 debería remarcar que el derecho del adquirente debe tener publicidad con anterioridad a la publicidad del derecho del acreedor embargante, lo que además es coincidente con la opinión de la doctrina.

Donación. El Anteproyecto regula el contrato de donación a partir del artículo 1542. Posteriormente en el artículo 1554 define la donación manual en los siguientes términos: “*las donaciones de cosas muebles no registrables y de títulos al portador deben hacerse por la tradición del objeto*”.

La redacción del artículo transcrito podría llevar a la confusión del contrato de donación manual es un *contrato real*, puesto que según su texto solamente existiría si se entrega la cosa objeto del contrato, lo que es un error, puesto que la categoría de *contratos reales* ha desaparecido de las clases de contratos (en una decisión que coincide con los anteproyectos anteriores, con la legislación de los países de la región, y con una opinión uniforme de la doctrina).

En efecto, del texto del artículo citado, surgiría que el contrato de donación manual solamente existe si la cosa es entregada. Ello contradice la autonomía de la voluntad, la libertad de forma y el principio de la fuerza vinculatoria de los contratos.

Entendemos en consecuencia, que la donación manual no debería ser un problema de la forma del contrato, como parece surgir de la redacción actual, sino un tema de prueba del contrato de donación, como interpreta actualmente la doctrina el texto del artículo 1817 del Código Civil.

De lo contrario, se crearía una categoría única de contrato real, que el Anteproyecto ha decidido erradicar del texto legal.

Por ello proponemos se redacte el artículo citado, respetando la interpretación actual de las donaciones manuales y la inversión de la carga de la prueba que se concreta cuando la cosa ya ha sido entregada.

Arbitraje. Se regula en el Anteproyecto, el contrato de Arbitraje, incorporando el procedimiento para su funcionamiento. Asimismo se fija la designación de los árbitros. **Pero, erróneamente, a nuestro entender, se deja en total libertad a las partes para designar como árbitros a cualquier persona, sin exigir que el árbitro sea un profesional del derecho, un abogado.**

En efecto, se destaca que el arbitraje es cuando las partes deciden someter a árbitros una controversia sobre una determinada relación jurídica (Art. 1649).

Ello evidencia que la cuestión debatida en un arbitraje es una cuestión de derecho, una controversia jurídica, no fáctica, no comercial, no material, sino sobre cuestiones jurídicas.

En consecuencia es sorprendente que se permita que cualquier persona pueda definir una cuestión que por concepto es un tema de derecho.

A pesar de ello, en el artículo 1660 del Anteproyecto, se permite que las partes elijan con total libertad las calidades profesionales de las partes, sin ningún requisito.

Afirmamos, que deberían ser abogados los únicos autorizados a actuar como árbitros, puesto que la materia sobre la que deben expedirse es una cuestión jurídica, de derechos. No cambia la afirmación, el hecho que se admita el arbitraje a través de amigables componedores, puesto que aunque éstos no necesiten fundar su decisión en el derecho vigente, sino en las reglas aplicables que las partes establezcan, en cualquier caso, y siempre, deben resolver cuestiones jurídicas de competencia de los abogados.

Aportes del Colegio de Santa Fe en los que se coincide

Art. 958: Reduce los límites de la actividad contractual a los decimonónicos de la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, propio del sistema individualista liberal, omitiendo toda mención a la necesidad de preservar la “justicia del contrato”.

Art. 960: Limita el poder de los jueces de modificar de oficio el contenido de los “contratos paritarios”, al supuesto en que se afecte de modo manifiesto, el orden público, a diferencia de lo que acontece en materia de “contratos por adhesión y de consumo” en que se admite el control judicial de las cláusulas abusivas (arts. 989 y 1117), como igualmente en materia de obligaciones dinerarias (art. 771).

Art. 970: Insiste en la terminología obsoleta de contratos “nominados e innominados”, siendo que la doctrina viene proponiendo su reemplazo por la de “típicos y atípicos”.

Art. 974: Adopta el sistema germánico de irrevocabilidad de la oferta, que ha sido criticado por la propia doctrina de ese país en cuanto el destinatario de la propuesta podría beneficiarse con el cambio de las

circunstancias que eventualmente se produjese desde la presentación de la oferta hasta su aceptación (Flume). No en vano el sistema actual de la revocabilidad, que sigue el Código Civil vigente, es adoptado por la “Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías” (Ley 22.765), los Principios de Unidroit y por la mayoría de los Proyectos de Reforma Nacionales de última generación.

Art. 972: Continúa haciendo de la “determinación del destinatario” un requisito de la oferta, siendo que no debería constituir un requisito decisivo para calificársela como tal, bastando con que sea “completa” y se revele la “intención de obligarse” del proponente, tal como lo sostienen Unidroit, los Principios del Derecho Europeo de los Contratos y los Proyectos de Reforma nacionales de última generación.

Art. 978: El requisito de “congruencia de la aceptación” que prevé (“la aceptación debe expresar la plena conformidad con la oferta”), es contradictorio con el art. 982, en cuanto éste admite que para forma el consentimiento basta con el acuerdo sobre los elementos esenciales, lo cual implica adoptar el sistema de la “punktation” que contempla el Código suizo de las obligaciones.

Art. 984: La definición de “contrato por adhesión” es deficiente, desde que lo decisivo para calificarlo como tal no es el que se haya celebrado “sin que el adherente haya participado en su redacción”, sino las circunstancias en que se celebra, esto es la imposibilidad de modificar el contenido del contrato.

Art. 989: Prevé el control de las “cláusulas abusivas” únicamente respecto de los “contratos por adhesión”, siendo que ello debería extenderse a todos los contratos, en cuanto el contenido del negocio siempre debe ser justo.

Art. 1090: Prevé la “Frustración del fin del contrato” como un supuesto de “rescisión”, como lo hace el Proyecto del 98, contrariamente a la solución propuesta por las “XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, los demás proyectos de reforma que le precedieron, y la mayoría de la doctrina, nacional y foránea, que estimamos correcta, según la cual se trata de un supuesto de “resolución”. No especifica qué debe entenderse por “frustración de la finalidad”. Igualmente su regulación es muy escueta y omite consagrar el derecho del deudor de la prestación frustrada a que se le reembolsen los gastos (Larenz, Espert Sanz, Brebbia, XIII Jornadas Nacionales de Derecho

Civil), con fundamento en el enriquecimiento sin causa. Prevé como mecanismo resolutoria, la vía extrajudicial, siendo que lo apropiado es el procedimiento judicial, atento a que es el juez quien debe apreciar si en el caso se ha dado o no la frustración de referencia.

Art. 1091: Regula la excesiva onerosidad sobreviviente como un supuesto de “rescisión”, siendo que según el criterio predominante es un caso de “resolución”. Igualmente no es conveniente autorizar la vía extintiva extrajudicial, por lo antedicho. No es correcto conceder la potestad “rescisoria” “al tercero a quien le han conferido derecho, o asignadas obligaciones”, desde que la potestad resolutoria del contrato, según el criterio generalizado, es un atributo que sólo corresponde a las “partes” sustanciales del negocio.

Art. 1197: Los plazos máximos de locación de cosas previstos (20 años, destino habitación) y (50, restantes destinos), parecen excesivos; y el plazo mínimo de 2 años, luce exiguo respecto de los destinos no habitacional.

Art. 1198.- Plazo mínimo de la locación de inmueble. Se reduce el plazo de locación mínimo a dos años para todo destino de inmueble, cuando en el Congreso existen distintos proyectos de ley que elevan los mínimos a 3 y 5 años para vivienda y comerciales respectivamente, lo que transfiere mayor poder a los corredores inmobiliarios, como dueños o reguladores de dicho mercado.

**Aporte realizado por el Dr. ENRIQUE FERNANDEZ
PILLADO**

Breves comentarios sobre el anteproyecto de reformas en lo referido a Derechos Reales.

1. Consideración general.

Resulta loable la intención buscada respecto a la creación y actualización de normas que contemplen una mayor adecuación a la realidad actual que presenta la sociedad.

2. Breves observaciones.

Al margen de lo expuesto, y dado el escaso tiempo que he tenido, me permito en forma escueta poner de relieve ciertas inquietudes que me asaltan y efectuar las breves observaciones que seguidamente expongo:

2.1 No alcanzo a comprender cuál es la razón para consignar en los fundamentos del anteproyecto que la hipoteca no significa una excepción a la

convalidación, máxime teniendo en cuenta lo dispuesto por los arts. 2185 y 2205 de aquél en cuanto “...sólo pueden ser (...) celebrados por los legitimados...”, “...los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal y superficie.” En mi opinión, en igual forma y alcance que lo actualmente dispuesto por el 3119 del Cód. Civil.

2.2 En lo que hace al derecho real de superficie, no existe en los fundamentos una expresión clara y concreta sobre la utilidad o fines perseguidos con la legislación respecto a permitir al titular superficiario la construcción en el fundo.

Debe tenerse en cuenta que la legislación del derecho de superficie forestal estuvo fundada en el logro del mayor aprovechamiento de producción posible de madera derivada de árboles implantados que poseen un acelerado crecimiento ante la creciente demanda mundial. Obsérvese que las condiciones de suelo, clima y régimen pluvial que presentan las provincias del norte de nuestro país, especialmente, Corrientes y Misiones, permiten que en el plazo de 50 años puedan efectuarse hasta dos plantaciones y talas de ciertas especies arbóreas con un gran volumen de producción de madera. Todo ello, sin necesidad de disponer de una gran inversión para la adquisición en propiedad de la tierra.

Pero respecto a otorgar el derecho de construir no se encuentra clara ni puntual explicación para ello, ni existe a mi criterio necesidad social alguna que deba ser contemplada, máxime teniendo en cuenta que como bien lo explicara el Codificador al eliminar varios derechos reales que provenían del antiguo derecho español, entre ellos el presente, tal constitución había sido fuente de numerosos problemas y litigios, y ello no se elimina determinando que es temporario por el plazo de 70 años.

Debemos tener en cuenta que siempre el valor de la tierra es menor que el de la construcción, salvo contadas excepciones. Consecuentemente, si se va a realizar una inversión en construcción con destino por ejemplo de propiedad horizontal, aunque no sea en altura, como presumir que la misma se amortizará en 70 años? No resulta más razonable adquirir en compra el fundo? Y si a ello sumamos la facultad de constituir otros derechos reales, no daremos nacimiento a complejos problemas que tenidos en cuenta por el Codificador llevó a éste a eliminar el derecho real de marras, en el caso con destino a construcción?

Reitero, nada de ello se explica puntualmente en los Fundamentos del anteproyecto.

2.3 Respecto a la “Indivisión impuesta por el testador”, se ha proyectado la redacción del art. 2330 manteniendo el espíritu del art. 51 de la ley 14394 que deroga, con el agregado del inc. c) que puede considerarse encuadrado en dicho espíritu, con la salvedad que elimina erróneamente a mi parecer, el “interés legítimo del tercero” que el citado art. 51 contemplaba en su final, permitiéndole a este último sin diferenciación alguna peticionar la división. Estimo que ello no queda resguardado por lo dispuesto por el art. 2334, pues esta norma sólo concede tal facultad a los acreedores del causante (último párrafo), prohibiéndola totalmente respecto a los acreedores de los coherederos (primer párrafo), tanto respecto al bien indiviso como a una porción ideal de éste. Tal conclusión la estimo excesiva, pues no encuentro óbice para que se ejecute al menos la porción ideal del coheredero, toda vez que la misma integra su patrimonio que deviene como prenda común de sus acreedores. Obsérvese que bien pueden no existir utilidades por uno o varios ejercicios para distribuir entre los coherederos condóminos, consecuentemente en la hipótesis de resultar el único bien del coheredero, el acreedor quedará sometido al desarrollo positivo del establecimiento y a la voluntad y actividad del coheredero para percibir alguna parte de su crédito.

Dr. Enrique Fernandez Pillado