

Honorable Cámara de Diputados de la Nación

Honorable Senado de la Nación

Comisión Bicameral para la reforma actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

Audiencia Pública de fecha 23 de Noviembre de 2012,

PONENCIA.

Datos del Ponente.

Héctor Martín Ayala

DNI 22.800.964

Domicilio 3 de febrero N° 1977 1° piso "A".

Posadas - Misiones

te.- 0376- 4440698

Abogado (Universidad Católica de Santa Fe - 1995).

Especialista en Derecho de la Empresa (Universidad Nacional de Misiones 2004).

Docente Universitario en las siguientes instituciones:

- Universidad Católica de Santa Fe
- Universidad de la Cuenca del Plata
- Universidad Nacional de Misiones

- Universidad Gastón Dachary.

Integrante de la Comisión Directiva del Colegio de Abogados de Misiones:

- Secretario (años 2006-2008)
- Vicepresidente (años 2009-2011)
- Presidente electo (2012-2014)

Ponencia sobre la reforma y unificación de los códigos civil y comercial.

Libro Tercero “Derechos Personales”.

Introducción.

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

Como apreciación general destacamos que la redacción del Proyecto 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 realizado, solamente nos referiremos a los aspectos que puedan generar dudas o debates del texto propuesto, reservando para otra oportunidad el análisis meticuloso del texto.

Parte General:

Formación del Consentimiento.

1) El Proyecto 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 el término personas “*determinables*”.

En nuestra 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 generar confusión, 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 proyecto 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.

En consecuencia, 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, sería preferible una mayor claridad en el texto propuesto para evitar el litigio y debate sobre la interpretación de una propuesta al público, estableciendo la premisa concreta que la oferta al público no es vinculante.

3) El proyecto 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 la 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 el 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, parece adherir a la teoría denominada “*punktation*”, y 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 todos constitucionalmente. El cercenamiento de tales derechos no se justifica en el supuesto de un allanamiento del garante, puesto que el adquirente puede conservar legítimas convicciones de petitionar la defensa de su derecho, aunque luego sea vencido.

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 proyecto 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 “*transmisor actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la transmisión*” (Art. 1053 inc. 2º).

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.

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 proyecto 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 en el régimen del proyecto, con la regulación especial del Boleto de Compraventa.

En ese cúmulo de reglas, se prevé que los derechos del adquirente de Buena Fe tienen 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 registra), 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.

Locación. El contrato de locación o alquiler, también se regula en el Proyecto

presentado, y con la particularidad que se amplían notablemente los plazos máximos de duración de dicho contrato.

En efecto, actualmente el contrato de locación solamente puede tener una duración de hasta 10 años, pero se proyecta extender dichos plazos a 20 años para destino de vivienda, o hasta 50 para otros destinos.

El plazo así proyectado parece excesivo y demasiado extenso, confundiendo con un contrato de disposición al afectar el uso y goce de un inmueble por un plazo tan extenso como el previsto de 50 años.

Además, tal dilatado plazo puede permitir maniobras para colocar fuera del alcance de los acreedores un bien durante un plazo tan extenso que sería injusto.

Donación. El proyecto 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 proyecto ha decidido erradicar del texto legal.

Por ello proponemos se redacte el artículo citado, respetando la interpretación actual de las donaciones manuales, las cuales se prueban por la misma entrega de la cosa, produciéndose una inversión de la carga de prueba a favor de la existencia del contrato de donación 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 proyecto, 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.