

COMISION BICAMERAL PARA LA REFORMA, ACTUALIZACION Y UNIFICACION DE LOS CODIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

Audiencia pública celebrada en Rosario 10 de septiembre de 2012.

Nelson G.A. Cossari & Leandro R.N. Cossari

I. Introducción

Creemos firmemente que tanto la comisión que redactó el Proyecto, el Poder Ejecutivo que lo impulsó y los Señores Legisladores quieren el mejor proyecto para nuestra querida Nación. Un Código que sea realmente argentino y que atienda a los reclamos de los más desvalidos y de las clases populares.

El proyecto, lamentablemente, no sólo no lo logra sino que en múltiples de sus normas tiene el efecto totalmente contrario.

Nos detendremos sólo en sus temas más urgentes, dejando de lado algunos de los aciertos que particularmente existen en algunas normas de derecho patrimonial, y la técnica legislativa que pudo ser mejorable. Tampoco nos detendremos en el sistema de trabajo previo que generó estos errores. Lo haremos en algunos de los tópicos más urgentes.

II. Libro Primero.

La cosificación del ser humano

1. Cuando el art. 19 segunda parte establece que:

“En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”

Está por fines utilitaristas negando la categoría de persona a un ser humano. La ley no niega se trate de seres humanos, no podría hacerlo puesto se trata de un dato científico hoy ya no discutido desde la genética donde se presenta como evidente que es un ser humano en su primera etapa de desarrollo; pero reniega de darle todo reconocimiento jurídico como persona, como sujeto de derecho omitiendo tanto el evidente dato científico sino también la tradición jurídica del país y lo resuelto en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

La Academia Nacional de Medicina sostiene que "La puesta en marcha del proceso de formación de una vida humana se inicia con la penetración del óvulo por el espermatozoide; la nueva célula resultante (cigoto) contiene su

propio patrimonio cromosómico donde se encuentra programado biológicamente su futuro. Este hecho científico con demostración experimental, es así dentro o fuera del organismo materno. Se debe promover y respetar los derechos personales, considerando en forma igualitaria la vida del embrión como la del padre y la madre. La fertilización asistida solo debería ser realizada dentro de la pareja casada, varón y mujer, con el material genético de ambos. Esto excluye la maternidad subrogada." (Esta declaración fue publicada como "Solicitada" en el diario "LA NACIÓN" el día 23 de septiembre de 1995.) En forma similar tuvo la oportunidad de expresarse la Comisión Nacional de Ética Biomédica "la vida humana comienza en el instante de la concepción, es decir, cuando el espermatozoide fecunda el óvulo" (Comisión creada por decreto N°426/98; dictamen del 30 de septiembre de 1999)

La ley no discute esto, no niega se trate de vida humana pero decide por utilidad perjudicar al más desvalido para utilidad del resto. Le niega su carácter de persona, su estado como sujeto de derecho. El fin no debe jamás justificar los medios. La Nación tiene triste experiencia de cuando un grupo utilizó cualquier medio para obtener fines que se representaban a sí mismos como justos.

Seres humanos son reducidos por este proyecto al el estado de "cosa" por el sólo lugar en que se encuentran; pueden ser comprados, vendidos, manipulados, congelados, usados para experimentación o, simplemente, descartados a voluntad.

2. En las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil recordábamos con Llambías que “el orden jurídico no puede dejar de reconocer en todo hombre la calidad de persona, sujeto de derecho... si a alguien se le negase ese carácter padecería o se frustraría el bien común que es lo que conviene a todos, y la convivencia resultante no sería propiamente jurídica sino arbitraria imposición de un sistema infrahumano de vida” (LLambías, Jorge J, “Tratado de Derecho Civil”, Parte General, Tomo I, pág., 247),

3. Las citadas XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil dijeron por amplísima mayoría (no hace aun diez años) que:

La existencia de la persona humana comienza con su concepción, entendida como fecundación y a partir de ese momento tiene derecho a que se respete su vida, integridad física, psíquica y moral. El inicio de la vida humana coincide con el comienzo de la persona humana (Peyrano, Ganc, Lafferriere, Gianfelici, Bittar de Duralde, San Martín, Petrelli, Arias de Ronchietto, Herrera, González Andía, Sambrizzi, González del Cerro, Sandoval Luque, Junyent Bas, Cartaso, Gonem Machello de Gandolfo, Cobas, Zago, Chiapero de Bas, Basanta, Sciammaro, Saux, Barbieri, Jaureguiberry, Santi, Videla, Cossari, Azvalinsky, Surt, Vives, Leal, Palacio, Méndez Sierra).

En las mismas el Dr. Sambrizzi, agregó casi una obviedad, pero que fue votada favorablemente (dado que parece que hay que aclarar hasta lo que todos sabemos que es así) la fecundación se produce con la penetración del óvulo por el espermatozoide (Peyrano, Ganc, Lafferriere, Gianfelici, Bittar de Duralde, Petrelli, Arias de Ronchietto, Herrera, González Andía, González del Cerro, Sandoval Luque, Junyent Bas, Cartasso, Gonem Machello de Gandolfo, Cobas, Zago, Chiapero de Bas, Saux, Barbieri, Jaureguiberry, Santi, Videla, González, C., Cossari, Azvalinsky, Surt, Vives, Leal, Palacio, Méndez Sierra).

También una amplísima mayoría de los juristas presentes votaron despachos que iban **desde que las:**

“prácticas de reproducción humana asistida... deberán estar orientadas exclusivamente a fines terapéuticos (forma de remediar la esterilidad) y no como medio alternativo de procreación; y **deberán fecundarse exclusivamente la cantidad de óvulos que puedan ser implantados en el útero materno** (Saux, Basanta, Junyent Bas, Sandoval, Santi, Videla, Bittar de Duralde, Sambrizzi, González del Cerro, Arias de Ronchietto, Jaureguiberry, Cobas, Chiapero de Bas, Leal). Agregado de los Dres. Sambrizzi y Arias de Ronchietto: pasando porque no deberán fecundarse un número mayor de tres óvulos y deberán transferirse al efecto de la implantación todos los fecundados.(Gianfelici, Palacios, González, C., Videla, Gonzalez del Cerro, Jaureguiberry, Leal, Basanta). Agregado de la Dra. Arias de Ronchietto: la regulación estatal deberá proteger los derechos de los embriones, con resguardo, de las instituciones y normas del derecho de familia y de la constitución. (Jaureguiberry; Leal, Videla, Sambrizzi, González del Cerro, Chiapero de Bas, González C.) **hasta que es necesario prohibir las técnicas de fecundación artificial por ser contrarias a la dignidad de la transmisión de la vida humana, afectar el derecho a la vida y el derecho de no discriminación y a la igualdad.** (Herrera, Barbieri, Petrelli, Laferrriere, Cartasso, Gonem, Vives, Mendez Sierra, Cossari),

Y respecto a la Crioconservación se dijo desde que :

a) La crioconservación debe limitarse exclusivamente a los supuestos en que por razones excepcionales no puedan ser transferidos para su implantación en el útero materno (Podestá, Palacios, Jure, Stein P, Basanta, Bertoldi de Fourcade, Chiapero de Bas, Santi, Vitar, Cerutti, Plovanich, Azvalinsky) **hasta que** b) La crioconservación de embriones agravia a la dignidad y atenta contra los demás derechos de la personalidad que le corresponden a la persona por nacer. Por lo cual solo pueden crioconservarse los embriones cuya transferencia resulta imposible (Barbieri, Videla, González C, Gonem, Jaureguiberry, Arias, González del Cerro, Cossari, Petrelli, Laferrriere, Méndez Sierra, Sambrizzi, Cartasso, Peyrano, Herrera)

Los votos en contrario fueron absolutamente minoritarios. Es evidente que el consenso de la doctrina es que ser humano y persona se identifican y toda persona cualquier sea su estadio de desarrollo debe ser respetada como

tal. Es arbitrario privar de todo derecho y personalidad a alguien por el sólo lugar en que se encuentra.

4. Si un Código Civil debe reconocer y recoger la doctrina destilada por los máximos encuentros de la civilística argentina, debemos reconocer que el proyecto no lo hace cuando niega la personalidad al embrión concebido en vitro no implantado, y cuando hace un verdadero festival de las reproducciones asistida donde podemos encontrar hasta cinco protagonistas aunque se prevea ingenuamente que uno de los comitentes debe haber aportado sus gametos (la pareja con voluntad procreativa, quien “dona” el óvulo, quien “dona” el espermatozoide, y la madre gestante)

5. No se nos escapa que esto además de intentar pulverizar el concepto de familia –y lograrlo en la legislación positiva- esto dará lugar inevitablemente –aunque se pretenda lo contrario- a negocios sobre los embriones no implantados y sobre los intervinientes en la procreación tal como la describimos.

Nos llama poderosamente la atención que en pocos meses he leído por lo menos dos artículos de un prestigioso comercialista y especialista en derecho de patentes afirmando que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no dijo lo que dijo en relación con la no patentabilidad cuando intervienen embriones, y que haya defendido tan fuertemente la ausencia de personalidad en el ser humano concebido no implantado.

No creemos que sea un reclamo social desproteger el embrión, ni promover la maternidad subrogada.

Más bien creo que eso favorece a los pudientes en desmedro de los más pobres, y a los poderosos en desmedro de los más desvalidos. Por lo menos es la manifestación de una filosofía utilitarista que no compartimos.

Nuestro poder ejecutivo, nuestro poder legislativo deben reparar en esto y la Comisión reexaminar el tema, dado que estamos seguros de su probidad. Debe desprenderse de posiciones ideológicas que en definitiva no protegen a los más desvalidos y que de alguna manera implica, repetimos, que el fin justifica los medios.

III. Libro II

Ya hemos adelantado que la maternidad por subrogación no es un reclamo de los sectores populares. Si por el contrario de las clases altas que no quieren cargar con hijos en su seno, ni recurrir al noble instituto de la adopción.

La mujer portante queda reducida a una simple incubadora. Al niño gestado se lo niega conocer su verdadera identidad genética en contra de las conquistas que tanto costaron en nuestra República.

Cuando se lee que la gestante debe tener buena salud física y psíquica (art. 562 inc. b) casi nos hace recordar a las historias donde los posibles compradores examinaban a sus esclavos.

Señores tanto permitir congelar seres humanos, como alentar la gestación por sustitución roza la prohibición del art. 15 de la Constitución Nacional: "Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice." Y no se diga que se prevé la gratuidad, dado que nada de esto sabremos que será gratuito sino que da y dará lugar directa e indirectamente a negocios. Todo en contra de la dignidad del ser humano sobre todos los más desvalidos, pobres y desamparados.

IV. Libro III

1. Normas claramente insuficientes.

Nosotros estamos de acuerdo con la opinión de Bibiloni acerca que:

"Sin perjuicio de algunas disposiciones especiales del código, el derecho de pedir el embargo o la inhibición del deudor para disponer de sus bienes, ha quedado abandonado a las leyes locales de procedimientos. Pero los derechos de las personas no pueden ser definidos, ni limitados por las leyes provinciales"

El Proyecto se hace cargo de esto regulando el embargo en el art. 745:

ARTÍCULO 745.- Prioridad del primer embargante. El acreedor que obtuvo el embargo de bienes de su deudor tiene derecho a cobrar su crédito, intereses y costas, con preferencia a otros acreedores.

Esta prioridad sólo es oponible a los acreedores quirografarios en los procesos individuales.

Si varios acreedores embargaron el mismo bien del deudor, el rango entre ellos se determina por la fecha de la traba de la medida.

Los embargos posteriores deben afectar únicamente el sobrante que quede después de pagados los créditos que hayan obtenido embargos anteriores.

El mismo es prácticamente una copia del art. 218 del Código Procesal de la Nación.

Pero a la luz de ese artículo y con las restantes disposiciones hubo se sabe dos plenarios contradictorios en la Ciudad de Buenos Aires el de Banco de Italia de las Cámaras Comerciales y el más reciente Czertok de las Civiles. ¿No merecía pues una regulación más detallada? Porque hubo medulosos votos de un lado y del otro y no solo en esa ciudad sino en fallos a lo largo de todo el país.

V. Libro III

Dos normas permiten darnos cuenta que el Proyecto no tuvo en cuenta los débiles.

El art. 1198 baja el plazo mínimos de la locación a dos años, cuando el actual régimen para destinos diversos a vivienda fija tres años.

Mientras el Código Civil actual establece que la enajenación del inmueble por parte del locador no produce la conclusión del contrato de locación, el art. 1189 permite pactar en contrario tanto en caso de enajenación, como de muerte del locador o locatario. Esa cláusula se volverá de estilo en perjuicio de la parte más débil el locatario.

VI. Libro IV

1- Normas contradictorias.

Ha existido un apresuramiento de la Comisión en presentar el anteproyecto y del poder ejecutivo en enviarlo al congreso, el proyecto está plagado de normas contradictorias.

Como muestra basta un botón:

a. Usufructo.

El art. 744 establece como bien excluido de la garantía común de los acreedores al Usufructo. En efecto:

ARTÍCULO 744.- Bienes excluidos de la garantía común. Quedan excluidos de la garantía prevista en el artículo anterior:...

e) los derechos de usufructo, uso y habitación, así como las servidumbres prediales;

Sin embargo mil cuatrocientos artículos más adelante en usufructo se afirma:

ARTÍCULO 2144.- Ejecución por acreedores. Si el acreedor del usufructuario ejecuta el derecho de usufructo, el adquirente del usufructo debe dar garantía suficiente al nudo propietario de la conservación y restitución de los bienes.

Ello es congruente con el art. 2142:

ARTÍCULO 2142.- **Derechos reales y personales.** El usufructuario puede transmitir su derecho, pero es su propia vida y no la del adquirente la que determina el límite máximo de duración del usufructo. Con carácter previo a la transmisión, el adquirente debe dar al nudo propietario garantía suficiente de la conservación y restitución del bien.

Nos parece bien la ejecutabilidad del usufructo pero la contradicción es evidente.

b. Acciones reales

Nuevamente los artículos se contradicen. Así en acción negatoria mientras una norma el:

Artículo 2248 establece que “La acción negatoria tiene por finalidad defender la libertad del derecho real que se ejerce por la posesión y corresponde ante actos que constituyen una turbación, especialmente dada por la atribución indebida de una servidumbre u otro derecho inherente a la posesión”

Luego el Artículo 2262 la reduce y establece que: La acción negatoria compete contra cualquiera que impida el derecho de poseer de otro, aunque sea el dueño del inmueble, arrogándose sobre él alguna servidumbre indebida. Puede también tener por objeto reducir a sus límites verdaderos el ejercicio de un derecho real.

Como bien explica Areán “aunque la mayoría de las veces la acción negatoria aparece como destinada a hacer cesar una servidumbre que otro ha usurpado, su uso es más general y puede ser intentada siempre que alguien impida obrar como propietario en la extensión permitida por el derecho, con tal que la lesión que se infiera no sea demasiado grave como para poder promover la acción reivindicatoria” (AREAN, Beatriz, Código Civil Anotado T 5, dirigido por BUERES, Alberto y coordinado por HIGHTON, María Elena, p. 895). **En definitiva basta con que el accionado haya ejecutado los actos con intención de ejercitar un**

derecho real (PAPAÑO, Ricardo; KIPER, Claudio M.; DILLON, Gregorio A.; CAUSSE, Jorge R.; Derechos Reales, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995, T. II, p. 449)

En suma normas contradictorias y no son las únicas.

2. Normas que no regulan lo que declaman.

Proyecto de 1998 Presunción de especie: Se presume, salvo prueba en contrario: a) Que es poseedor quien ejerce un poder de hecho sobre la cosa, b) Que no es poseedor ni tenedor, quien utiliza la cosa en virtud de una relación de dependencia, servicio hospedaje u hospitalidad.

ARTÍCULO 1911.- Presunción de poseedor o servidor de la posesión. Se presume, a menos que exista prueba en contrario, que es poseedor quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa. **Quien utiliza una cosa en virtud de una relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad, se llama, en este Código, servidor de la posesión.**

Puede verse la desprolijidad en el Proyecto de 1998 la mención a los servidores de la posesión tiene una finalidad y es parte de una presunción en el del 2012 es solo un injerto.

3. Carencia de normas reclamadas por la doctrina y los proyectos

a. Una de las cuestiones clásicas en materia del Consorcio de propietarios es como responden los consorcistas por las deudas del consorcio.

Al respecto se sabe que hay dos teorías sobre las que nos detendremos. Pero cabe decir que los proyectos de 1987, 1993 y 1998 tenían un cierto consenso:

El Proyecto de 1987 estableció que los propietarios responden subsidiariamente por las deudas del consorcio en la extensión de sus porcentuales (artículo 2617 último párrafo)

El proyecto de 1993 parte de una solución similar dice: Los propietarios responden subsidiariamente por las deudas del consorcio en la extensión de sus proporciones (artículo 3126), pero le agrega en el mismo artículo una significativa limitación “en ningún caso la responsabilidad excederá el valor de su unidad funcional” (artículo 3126 último párrafo), con lo que la responsabilidad de los comuneros en ese proyecto no es ilimitada sino restringida al valor de su piso o departamento.

Por último el proyecto de 1998 establece que los propietarios responden subsidiariamente por las deudas del consorcio en proporción a sus alícuotas (artículo 1989)

Nada dice increíblemente el proyecto, lo que afirma Jorge Alterini en un artículo publicado el 4 de agosto de 2012 que podría llevar a deducir que los consorcistas no son responsables por las deudas del consorcio.

b. También es criticable que para llamar a una asamblea judicial requiera:

ARTÍCULO 2063.- **Asamblea judicial.** Si el administrador o el consejo de propietarios, en subsidio, omiten convocar a la asamblea, los propietarios que representan el DIEZ POR CIENTO (10%) del total pueden solicitar al juez la convocatoria de una asamblea judicial.

Esto permitirá el abuso de la mayoría sobre los más desvalidos.

4. Regulaciones deficientes

a. Los conjuntos inmobiliarios.

Un solo artículo permitía al proyecto de 1998 hacer una regulación clara de estas nuevas formas de propiedad que podían adoptar la forma de derechos personales o de propiedad horizontal. Catorce artículos utiliza el proyecto el que realmente nos parece sumamente desordenado en esta materia.

Tampoco nos gusta la solución del art. 2085 que establece: Transmisión de unidades. El reglamento de propiedad y administración puede prever limitaciones pero no impedir la libre transmisión y consiguiente adquisición de unidades funcionales dentro del conjunto inmobiliario, pudiendo establecer un derecho de preferencia en la adquisición a favor del consorcio de propietarios o del resto de propietarios de las unidades privativas.

Claramente se está prohijando a una aristocracia y no cualquier hijo de vecino podrá acceder a ciertos clubes de campo o varios cerrados. A nosotros estos nos crea una instintiva repulsa desde una concepción democrática de una sociedad como la argentina que siempre ha facilitado el asenso de las clases sociales.

Existen más ejemplos que dejamos de lado.

5. Normas que se despreocupan de sus consecuencias.

El efecto retroactivo de la usucapión fue aceptada por prácticamente toda la doctrina y la jurisprudencia. El proyecto –sin reclamo alguno- le quita tal efecto.

Si no encontramos una salida ingeniosa el que durante veinte años hizo fructificar el inmueble –que es quizás el fundamento ético más evidente- de la prescripción adquisitiva, deberá devolver los frutos al titular registral. ¿Es ese la finalidad del proyecto? ¿no debe verse esto como un ataque –quizás inmeditado- a las clases más bajas que son las que serán las que más sufrirán por estas normas? Lo que deba pagar el usucapiante le quedará toda utilidad en la mayor parte de los casos a la usucapión.

VII. Conclusión

Un código para toda la gente, no requiere excluir las palabras en latín, no requiere recurrir a un lenguaje modernoso y casi críptico para fundarlo: Si uno lee a los clásicos tanto nacionales como extranjeros, antiguos o modernos: Lafaille, Borda, Alterini, Llambías, Castán Tobeñas, Diez Picazo, Bianca, se encuentra con un lenguaje técnicamente correcto y claro.

Debemos afirmar que ni en lo extrapatrimonial ni en lo patrimonial las soluciones del proyecto atienden a los débiles de la sociedad por el contrario, creo que se ha dejado llevar por una filosofía que impensadamente termina desde el vamos beneficiando a los poderosos.

Aspiramos que este Poder Ejecutivo y este Congreso tengan el honor de sancionar un excelente Código Civil y que el mismo tengo por autores a la Comisión designada, pero para ello, sin términos angustiantes deberán repensarse y reelaborarse gran cantidad de sus normas.

Para concluir reitero lo resuelto el 15 de marzo de 2015 en coloquio de expertos, profesores en distintas universidades de gestión estatal y privada, en torno a la posible reforma del Código Civil Argentino. Todos ellos, sin dejar de advertir aspectos positivos del proyecto, tuvieron coincidencias unánimes en algunos tópicos.

Principalmente, todos ellos consideran que un asunto de la envergadura de un nuevo Código Civil y Comercial para la Argentina no puede ser aprobado sin el debate que requiere.

Por otra parte, observan que en materia de relaciones de familia y del derecho de las personas no se tuvieron en cuenta los principios de derecho internacional a los que adhiere con jerarquía constitucional la Argentina, ni las costumbres del pueblo argentino, ni el sentir de la doctrina nacional.

Por todo lo cual los abajo firmantes manifiestan su seria preocupación y solicitan a la Sra. Presidente de la Nación:

a) Que el Anteproyecto de Código Civil y Comercial sea ampliamente distribuido y debatido en la comunidad académica antes de ser discutido en el Parlamento;

b) Que especialmente cuestiones tan centrales como los textos proyectados en materia de relaciones de familia y de las personas sean revisados y modificados, para adecuarlos a las costumbres y valores del pueblo argentino y a las tradiciones jurídicas nacionales.

Y la discusión debe llevar todo el tiempo que sea necesario. Tenemos una legislación civil vigente que funciona razonablemente bien. Antes de reemplazarla asegurémonos que lo nuevo no solo es mejor, sino que es óptimo.

Nada más.