

EXPOSICIÓN DE LA FEDERACIÓN ARGENTINA DE COLEGIOS DE ABOGADOS ANTE LA COMISIÓN BICAMERAL PARA LA REFORMA, ACTUALIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN:-

agosto de 2012

I.- CONSIDERACIONES GENERALES:-

A) Apoyo en general al proyecto:-

Entrando en el análisis de las ideas y opiniones que ha elaborado esta entidad, cabe destacar que existe un evidente apoyo en general al anteproyecto, pues no escapa a la colegiación que los tiempos actuales -ciertamente muy distintos a los que vivió en su momento Vélez Sarsfield y Acevedo- bien necesitan y merecen una legislación que recepte y responda a la realidad, brindándole a la misma un marco normativo que no solo la contemple, sino que también le brinde las soluciones adecuadas y más convenientes.-

Los aspectos positivos más relevantes que se destacan son los siguientes:-

- 1) La organización y distribución de los temas simplifica y clarifica la comprensión e interpretación (la forma y secuencia temática en que están divididos los libros y dentro de cada uno de ellos los títulos, los capítulos y las secciones).-
- 2) La redacción de cada artículo que comienza con una frase que lo enuncia y permite identificar el tema tratado en cada uno.-
- 3) El artículo 1 deja perfectamente establecido que toda la normativa regulada y el resto de las normas del derecho privado argentino DEBE ser interpretado desde la normativa constitucional y desde el derecho internacional de los derechos humanos.- Esto produce un cambio paradigmático sustancial que implica pasar de la concepción decimonónica del derecho interno a la visión que la enrola dentro del

Estado Constitucional de Derecho, acorde a las exigencias constitucionales y a los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino.-

- 4) Los cambios terminológicos que han sido adoptados (por ejemplo, persona humana para suplantar "persona física", vivienda en lugar de "bien de familia", convivientes en reemplazo de "concubinato", responsabilidad parental para sustituir a "patria potestad", enfermedad mental por "demencia", entre otros).-
- 5) Se incorporan diversos institutos, derechos y relaciones jurídicas que hasta el momento estaban regulados fuera del Código o carecían de legislación, de modo tal que gracias a estas incorporaciones adquieren igual jerarquía que los derechos reconocidos previamente, tanto desde su aspecto legislativo como así también desde el axiológico y sociológico.-

B) Discordancia entre los objetivos pretendidos y la regulación proyectada:-

Sin perjuicio de lo anterior, se destacan en algunos aspectos una notoria y preocupante 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.-

En tal sentido, 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) Resguardo del derecho de defensa:-

Ahora bien, estas transformaciones y adecuaciones que se están dando en el Derecho, indefectiblemente se tienen que dar cuidando con extremado celo que no se afecten derechos y garantías de todos los individuos de la sociedad, porque en ellos se encuentran valores que son trascendentes y constituyen la esencia de la efectiva vigencia del Estado de Derecho.- Y en este contexto, es donde advertimos que en caso de sancionarse éste proyecto tal cual como están redactados y establecidos algunos de los artículos, se van a dar indefectiblemente afectaciones al derecho de defensa de los ciudadanos, y por ende, al Estado Democrático de Derecho.-

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 renunciamiento 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 partidador 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.- 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 legítimo.-

B) Aplicación de Principios Neoliberales en contradicción con el Constitucionalismo Social:-

Dentro de este marco, también es importante señalar, que en líneas generales, también hemos advertido algunas contradicciones en el mismo.- Ellas se dan, ya que por un lado se establece que toda la normativa del derecho privado argentino debe ser interpretado desde la normativa constitucional y desde el derecho internacional de los derechos humanos, lo cual nos enlaza dentro del Estado Constitucional Social de Derecho; cuando por otro lado, se crean institutos y figuras que son el soporte legal del neoliberalismo, que defiende instrumentos que son la privatización de las reglas porque piensan todas las relaciones jurídicas internacionales sometidas al derecho privado, y por tanto excluyen a la jurisdicción nacional y a la ley dictada por el Estado, de todas las relaciones que se den en su territorio.- En síntesis, de acuerdo a ellas, cualquiera sea el lugar donde se desarrolle la relación jurídica –un contrato, una asociación, la prestación o venta de un bien o servicio, etc.-, las partes pueden elegir la ley que se aplique, de cualquier otro Estado, aunque en este último se haya legislado sobre relaciones jurídicas diferentes.-

1) Contrato de arbitraje:- Un ejemplo de esta situación es la que se da con la creación del contrato de arbitraje a partir del Art. 1649 del proyecto.-

El arbitraje como instrumento de justicia privada:

Si bien el arbitraje nació antes que la justicia estatal como un medio contractual y privado de justicia, que superó a la autotutela, actualmente es prácticamente uniforme el reconocimiento de la doctrina y jurisprudencia sobremanera la de la CSJN como un instituto de naturaleza mixta: de origen *contractual* por su génesis en la inicial decisión de las partes de resolver sus conflictos

intersubjetivos por esa vía, pero marcadamente *jurisdiccional* en atención a las funciones y efectos de ese especial proceso privado.-

Así también se lo considera tanto en la regulación normativa nacional o interna de todos los países, como por la internacional a la que adscribe el nuestro. Ello se desprende al reconocerse por disposición legal los efectos del acuerdo arbitral como instrumento para prorrogar o trasladar la jurisdicción estatal a la órbita privada, confiriéndole a los árbitros similares facultades que los jueces para resolver definitivamente y sin necesidad de homologación ni control judicial alguno los conflictos planteados, previo tránsito por procedimientos en los que debe respetarse el debido proceso, mediante el dictado de una sentencia (o laudo) con autoridad de cosa juzgada material con idénticos efectos ejecutorios que una sentencia judicial, con lo que quedó definitivamente establecido como un instituto mixto. Contractual por su orígenes o génesis y jurisdiccional por sus funciones y efectos (Conv. Nueva York de 1958; Conv de Panamá de 1975; Convención de Montevideo de 1979 y Ley Modelo de las Naciones Unidas de 1985. Y en el ámbito regional: el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (1988) y Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial y Administrativa (1992)).-

No obstante, a partir de la década de 1990, el arbitraje que adquirió gran trascendencia en la órbita mundial en la segunda mitad del siglo XX como consecuencia de la Convención de NY de 1958 y de la Ley Modelo de 1985 recibió de lleno fundamentalmente, en la órbita del comercio internacional, esas nuevas concepciones caracterizadas por una factura mucho más liberal, que pretendió poner el acento en su faz inicial o contractual en detrimento de sus verdaderas funciones y efectos como instrumento de justicia.-

En ese período, fundamentalmente en algunos cenáculos del comercio internacional bajo la influencia del sistema angloamericano y de la *lex mercatoria*, comenzó a reanalizarse el arbitraje confiriéndole una mayor actuación de la autonomía de la voluntad en el desarrollo de los procedimientos que llevan al laudo o sentencia arbitral con los que finaliza el proceso arbitral dándole preeminencia al inicial carácter contractual en demérito de su esencial

función, carácter y efectos jurisdiccionales. El arbitraje pasaría de ser así un especial proceso privado a un contrato típico del derecho privado.-

Se desconoce de esa forma su esencial carácter y función jurisdiccional, entendida como poder de decir y aplicar el derecho en una situación de conflicto intersubjetivo de intereses impartiendo justicia con efectos de cosa juzgada material, en favor de otra ilimitadamente contractual o privatista en la que la irrestricta autonomía de la voluntad que caracteriza la faz inicial o genética del arbitraje aparece eclipsando el interés público comprometido en todo instituto de administración de justicia. Dominando su desarrollo pretende devolver al arbitraje a épocas de la Revolución Francesa, dándole una redacción como un instituto de derecho privado y no procesal que no tiene paralelo en el mundo entero.-

En tal sentido cabe señalar que aun la decisión inicial de las partes de someterse a arbitraje (cláusula compromisoria y compromiso arbitral) que marca la naturaleza contractual de su inicio o gestación ha sido considerada siempre como una *cláusula, compromiso, pacto, acuerdo, convenio o convención*, pero nunca como un contrato típico de carácter patrimonial.-

El desconocimiento o al menos la excesiva reducción del carácter publicístico y procesal del arbitraje como actividad jurisdiccional privada, para localizarlo netamente en la faz sustantiva o negocial donde la esfera de actuación de la autonomía de la voluntad encuentra menos límites que en un marco procesal y publicístico, desnaturaliza no solo sus orígenes y tradición jurídica sino su finalidad y esencia como medio de administración de justicia que interesa al Estado en función del interés público comprometido.-

Nuestro país pasaría así de ser uno de aquellos que tienen una legislación atrasada en materia de arbitraje, no adaptada a la Ley Modelo (lo que no le impide reconocer los principales efectos del arbitraje como atributo jurisdiccional, tal como el carácter ejecutorio del laudo arbitral al igual que una sentencia judicial -art. 499 CPCCN), mantenida en los Códigos Procesales de factura decimonónica (a excepción del nuevo CPCC de Río Negro (2007)) a uno que tendría una legislación más liberal tanto en materia de arbitraje local como

internacional, al considerarlo como un instituto del derecho privado sometido al exclusivo interés individual de las partes y regulado en un Código de fondo.-

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 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

¹ Fallos 136:154; Fallos 137:307

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 es una justicia lega

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, esta Federación Argentina de Colegios de Abogados 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.-

2) 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.-

C) OTRAS CONSIDERACIONES:-

1) 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 no son positivas y constituyen 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. Entendemos que esta disposición podría frustrar 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 ilícito de sus dependientes.

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.-

2) Acción subrogatoria:- El art. 739 del proyecto regula esta acción estableciendo que "El acreedor de un crédito cierto, exigible o no, puede ejercer judicialmente los derechos patrimoniales de su deudor, si éste es remiso en hacerlo y esa omisión afecta el cobro de su acreencia.- El acreedor no goza de preferencia alguna sobre los bienes obtenidos por ese medio".- Nos parece que no corresponde facultar al acreedor cuando éste tenga un crédito cierto pero no exigible, ya que se puede dar que su acreencia provenga de una obligación condicional y por ende no es exigible, con lo cual no tendría derecho a poder ejercer un crédito del deudor.-

3) Honorarios de profesionales:- El proyectado art. 1.255 consagra el libre juego de la oferta y demanda en materia de honorarios profesionales, lo que atenta contra las leyes de honorarios provinciales que establecen el carácter de orden público a los emolumentos de los abogados.- 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.- Cuestión que despertara fuertes críticas, pues deviene poco menos que inentendible e injustificable que se pretenda insistir con una política legislativa que respondió en su momento a una situación de hecho muy particular, a la preeminencia de una política económica hegemónica propiciada desde el Ministerio de Economía de la Nación en la década de los 90, con la que se intentó doblegar las facultades provinciales en pos del fortalecimiento del posicionamiento logrado por dicha cartera ministerial en el momento en que pasaba por su esplendor quien fuera su titular, que luego sufriera la repulsa del voto popular, cuando intentó infructuosamente postularse para cargos electivos.- 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.-

4) 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 actúen 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”.-

5) Uniones convivenciales:- El proyecto adopta la denominación “uniones convivenciales” para referirse a lo que comúnmente conocemos como concubinato, por considerar sus autores que ésta es una palabra peyorativa lo cual es cierto.- El art. 509 la define como la “unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo”.-

Nótese que la definición no alude a la “convivencia” y se denominan “uniones convivenciales”.- Si hay un elemento que decididamente distingue una “unión de hecho” de una mera “relación circunstancial” como puede ser un noviazgo, una relación de amigos, es el de “la cohabitación” que implica vivir en un domicilio común, mantener una relación de pareja, compartir una unidad económica común así como todos los aspectos de la vida de una persona con otra, si ello no ocurre no es posible hablar de una unión convivencial.- Sugerimos incluir dentro de la definición la palabra “cohabitación”.-

También podemos señalar que si nosotros hablamos de “concubinato” sabemos de que estamos hablando pero si nos referimos a “relaciones afectivas” no estamos tan seguros, que debemos entender por relaciones afectivas? Es una noción muy difusa que da lugar a situaciones en donde las personas conviven efectivamente sin que ello implique una “unión convivencial”, el Dr. Eduardo Robeda en su conferencia brindada en el Colegio de Abogados de San Isidro puso como ejemplo el caso en el cual dos amigos se van a vivir juntos para abaratar costos, *su relación es afectiva* ya que se basa en el afecto que se tienen como amigos, *comparten un proyecto de vida en común* “abaratar

costos”, pero ello no implica que se trate de una unión convivencial. Tal vez sería mejor incorporar a la norma el criterio de “vida marital” o “vida de pareja” para dar una idea mas concreta de lo que todos comúnmente conocemos como vivir en aparente matrimonio.-

También no podemos dejar de señalar que la definición confunde concepto con caracteres, una cosa es decir que es “la unión de dos personas que comparten un proyecto de vida en común” y otra muy distinta es decir que esa unión tiene como caracteres la de ser: singular, publica, notoria, estable y permanente.-

La unión debe ser “singular” es decir, que no se puede tener registrada más de una unión convivencial. Tampoco se puede estar casado y a su vez mantener una unión convivencial, o dos uniones convivenciales al mismo tiempo.-

Debe ser "publica" y "notoria", es decir, no oculta, sino conocida, vivir en aparente matrimonio.-

También debe ser estable y permanente, es decir, prolongarse en el tiempo con un mínimo de dos años de duración.-

Requisitos

El proyecto en su art. 510 dispone los requisitos que se necesitan para que se les reconozcan efectos jurídicos a las uniones convivenciales.- Los dos primeros son requisitos iguales que los previstos para la celebración del matrimonio.-

En cuanto al “impedimento de ligamen” aquí vamos a hacer una observación, ya que este requisito es contrario al criterio seguido por algunas legislaciones especiales - que el proyecto no deroga- que reconocen derechos a los convivientes con total independencia de que uno o ambos se encuentren casados con el solo requisito de que la convivencia se haya prolongado en el tiempo, así en el campo previsional, a partir de la ley 23.226, se reconoce el derecho de pensión al conviviente que estando separado de su cónyuge hubiese convivido en aparente matrimonio durante un período mínimo de cinco años anteriores inmediatamente al fallecimiento, o de dos años cuando de la unión hubiese descendencia reconocida, o el causante fuese soltero, viudo, separado legalmente o divorciado. La ley fue más lejos al establecer que el conviviente excluirá al cónyuge supérstite en el goce de la pensión, excepto si el causante ha estado contribuyendo al pago de alimentos, y los hubiera

peticionado en vida, o el supérstite se hallase separado por culpa del causante; en este supuesto el beneficio se otorgará a ambos por partes iguales.- Por lo dicho consideramos que el proyecto debería optar por alguna de las siguientes soluciones: a) considerar que la legislación posterior deroga a la ley anterior y en consecuencia, denegar el beneficio previsional a partir de su sanción, o b) entender que la ley especial prevalece sobre la ley general y en consecuencia mantener los beneficios a los convivientes.-

El último requisito que trata el artículo 510 tiene que ver con la “permanencia”, es decir, que se requiere un mínimo de dos años de convivencia para que a la unión le sean reconocidos efectos jurídicos. El proyecto no especifica desde cuando comienza a compatibilizarse esos dos años, es decir, si tiene efectos retroactivos al inicio de la relación cuando la pareja se mantenga unida por dos años o si tiene efectos hacia el futuro entonces comienzan a regir a partir del momento en que se cumplen los dos años de convivencia. Advertimos aquí también disconformidad con las leyes especiales, por ejemplo en materia de transplantes de órganos se permite la ablación cuando el receptor es el cónyuge, o una persona que sin ser su cónyuge conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres (3) años en forma inmediata, continua e ininterrumpida. Este lapso se reducirá a dos años si de dicha relación hubieren nacido hijos (ley 24.193, art. 15 — Adla, LIII-B, 1344—). Proponemos la adaptación de la legislación especial para quedar en correlación con el proyecto.-

La Inscripción de la unión convivencial

El art. 511 exige la inscripción de todo lo relacionado con la unión convivencial en un registro que corresponda a la jurisdicción, sólo a los fines probatorios.-

Ello aparece contradictorio con lo dispuesto en el artículo 522 que establece la necesidad de registrar la unión para otorgar los efectos previstos para la protección de la vivienda familiar. También es contradictorio con la regulación prevista para la validez de los pactos con relación a terceros cuya registración es exigida (art. 517) y con lo previsto en cuanto a la afectación y desafectación del bien de familia donde se la exige (art. 250).- También se guarda silencio

sobre los registros ya creados para inscribir uniones de hecho cuando no existía el matrimonio igualitario.-

Pacto de convivencia

El régimen proyectado incorpora a nuestro ordenamiento la posibilidad de realizar pactos convivenciales destinados a regular aspectos relativos a la unión y su ruptura. En principio estos pactos prevalecen sobre las normas previstas en este Título sin embargo ellos están limitados y existen materias donde el ordenamiento legal prevalece como son la asistencia recíproca (art. 519), responsabilidad por deudas para solventar el hogar (art. 521) o protección de la vivienda familiar (art. 522).-

6) Consideraciones sobre el art. 19 (Parte General):- Art. 19: Comienzo de la persona humana. 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, 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 de la reforma 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 y en la Convención sobre los Derechos del Niño, antes reseñada), 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.-

7) 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.-

III) Conclusión:-

Para finalizar, destacamos que somos conscientes de que en gran medida ésta presentación se ha referido en su mayor parte a resguardar el derecho de defensa de los ciudadanos, con el consabido riesgo de que se nos juzgue como corporativistas y de que solamente pensamos en nuestras incumbencias profesionales.- Pero por las características de nuestro ordenamiento jurídico, somos los abogados los que orgullosamente ejercemos ese derecho que implica en forma directa también ejercer nuestro derecho al trabajo resguardado por la C.N.- Pero por más que le pese a muchos, al resguardar los derechos, garantías y bienes de la sociedad, tildándonos de "pleiteros", hemos logrado grandes beneficios para la comunidad, cuando en momentos difíciles de nuestra historia nos tocó transitar por noches oscuras y días aciagos, cuando la Nación se desangró y la República fue profanada.- La Abogacía estuvo presente para defender la Constitución y la Institucionalidad, al Ciudadano y al Justiciable.- Como al proponer la protección constitucional de los derechos y garantías en los casos "Siri" y "Kot" que dieron lugar a la acción de amparo.- Y para no remontarnos demasiado, baste que recordemos a los Colegas que –en los años de plomo- supieron jugarse hasta su propio pellejo, defendiendo a los presos sin proceso, sujetos a los designios de un Poder Ilegítimo.- Siendo dable también recordar que en tiempos más cercanos, hace apenas una década atrás, los Abogados supieron encauzar una protesta social que amenazaba con desbordarse peligrosamente, abriendo jurisprudencia en los Tribunales y haciendo que muchos argentinos –algunos en situaciones delicadas y hasta extremas- pudiesen recuperar sus ahorros.- O el caso del Dr. Halabi, quien logró mediante un amparo resguardar la intimidad de todos nosotros al conseguir la declaración de inconstitucionalidad de la llamada "ley espía",

circunstancia que ninguna otra profesión, que se jactan de brindar seguridad jurídica o de estar en condiciones de asesorar jurídicamente, lo hayan hecho.- Y en todos estos casos, fueron centro de críticas y descalificaciones, como podemos serlo en este caso también, pero que se quede claro que se hace por asumir la defensa de las Instituciones, la vida, la dignidad, la libertad y la propiedad.- Es por ello, que dentro de este marco limitado de tiempo y espacio que se nos ha brindado, que entendemos que es nuestra obligación como sujetos activos de ejercer el derecho de defensa de los ciudadanos, referirnos casi pura y exclusivamente a resaltar tales afectaciones, sin perjuicio de hacer expresa mención de que tenemos estudiado y debatido todo el resto de normas que componen este Proyecto, para ponerlo a disposición de ésta Comisión Bicameral si la misma lo considera conveniente.-

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 22 de agosto de 2012

Ricardo de Felipe
Presidente