CONGRESO NACIONAL

CÁMARA DE SENADORES

SESIONES ORDINARIAS DE 2013

ANEXO II AL ORDEN DEL DIA Nº 892

Impreso el día 20 de noviembre de 2013

SUMARIO

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

Dictamen en el Mensaje y proyecto de ley del Poder Ejecutivo, por el que se aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación. (PE-57/12)

DICTAMEN COMISIÓN

Honorable Congreso:

Vuestra Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, creada por resolución conjunta de ambas Cámaras con fecha 04 de julio de 2012 (OD 636/12 y 531/12), ha considerado el proyecto de ley del Poder Ejecutivo nacional, Mensaje N° 884 del 07 de junio de 2012, ingresado por el Honorable Senado de la Nación bajo expediente 57-P.E.-2012 y remitido a esta Comisión Bicameral con fecha 08 de agosto de 2012 por el que se propone la aprobación del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, sometiéndolo a la consideración del Honorable Congreso de la Nación. Habiendo procedido al estudio detallado del mismo y en virtud de los fundamentos que oportunamente expondrá el miembro informante, se aconseja el rechazo del presente proyecto de ley.

Sala de la Comisión, 20 de Noviembre de 2013.

Graciela Camaño

INFORME

Honorables Cámaras:

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El Mensaje 884 de 2012, por el que el Poder Ejecutivo eleva a la consideración del Congreso Nacional un nuevo Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, presenta a la iniciativa como inspirada en la “*constitucionalización del derecho privado*”, refiriendo que ésta opera por vía del establecimiento de una comunidad de principios entre la Constitución Nacional, el derecho público y el derecho privado.

Aduna al respecto la incorporación de los tratados de derechos humanos que con rango constitucional incorporase la Reforma del año 1994.

Paradójicamente, lo que sí podía en gran medida -si bien parcialmente- catalogarse de esa manera con relación al texto elaborado por la Comisión de juristas que trabajara bajo la dirección del Dr. Ricardo Lorenzetti, por entonces y actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no puede afirmarse ahora, en cambio, respecto del proyecto tal y como fuese elevado al Congreso de resultas de las sustracciones y modificaciones hechas sobre aquél por parte del Poder Ejecutivo.

En efecto:

Se expresa allí que “…*el proyecto no implica retroceder ni un ápice en materia de igualdad de derechos*…”, pero sin embargo y contradiciendo lo que se afirma, la sustracción de la esfera civil de la responsabilidad del Estado y la de sus agentes para su traslado al derecho público –administrativo puntualmente- nacional o local, abandonando el sistema que rige actualmente en la materia, provoca un desequilibrio injustificado al colocarse a éstos por encima del individuo común y significa, por ello, un claro retroceso.

Se predica que la iniciativa lleva impresa el sesgo de libertad e igualdad, pero sin embargo acontece lo contrario. Queda evidenciado el creciente intervencionismo del Estado en las relaciones particulares, como suerte de nuevo paradigma que avanzaría con evidente sacrificio de la regla de autonomía de la voluntad, que constituye hasta hoy el eje del sistema.

En otras palabras: consideraciones de orden público, interés general, y la alocución de derechos e intereses colectivos de una generalidad, vaguedad y ambigüedad evidentes, operarían como un impreciso y arbitrario límite a la libertad que se proclama, lo que permite ser pesimistas sobre el respeto futuro de una esfera de determinación signada por acciones personales inspiradas desde un nivel decisorio estrictamente individual.

El mensaje señala que ese “cambio” plasma en casi todos los institutos que se abordan, dando como ejemplos “los derechos de incidencia colectiva” y los de las “comunidades originarias”.

Pero como contrapartida, se ha suprimido del texto normativo todo lo atinente a los primeros, que retienen únicamente su nomenclatura, mas no su reglamentación en el nivel sustancial.

Y en lo que a comunidades originarias concierne, pese a la especial consideración constitucional de las mismas, por cierto vienen a quedar reducidas en el proyecto a la mera consideración de cualquier persona jurídica de derecho privado, equivalente a desconocérselas directamente.

Predica igualmente otras ventajas y avances, siempre bajo la invocación de tales premisas. Pero como se verá en un análisis más concreto y particularizado, no reportan aquellas en puridad.

Por lo demás, conscientes de la dificultad de abarcar toda la realidad y de condensarlo todo en un único cuerpo orgánico de normas, entendemos que un Código con un alcance tal como el que se pretende dictar debería condensar reglas claras y precisas sobre lo inmanente, aquello que se supone tiende a permanecer en el tiempo y justifica su inclusión dentro de su sistemática, en tanto tendiente a regir por bastante tiempo en el futuro.

De ahí que carecen de sentido en el texto muchas de las instituciones y normas que se agregan al mismo, que descansan más en situaciones y circunstancias presentes y pueden venir a quedar superadas en breve. Como también somos partidarios de su exclusión cuando por su estricta vinculación con elementos científicos o técnicos, por los reparos éticos y morales de que son pasibles, o incluso por su complejidad, lo aconsejable es, bien la eliminación, bien el deferir su tratamiento a leyes especiales, aún cuando puedan serlo complementarias del Código en análisis. Tal el caso, por ejemplo, de la fertilización asistida o la propiedad horizontal.

Por otra parte, un código unificador es un sistema de normas de carácter fundamental, cercano a la Constitución. Al igual que en el caso de esta última, el consenso general resulta un elemento determinante a la hora de transformar en ley cuanto resulta del mismo.

Por cierto, ese consenso no existe. El plazo para reflexionar sobre el contenido del código, se ha revelado insuficiente.

Como se lo apuntara recurrentemente, los legisladores debimos salvar la dificultad inicial representada en el hecho de que el trabajo de la Comisión de Juristas no contenía notas ni referencia alguna acerca de las fuentes tomadas en consideración, y se revelaba como un trabajo inorgánico, donde distintos especialistas elaboraban respuestas ligadas a las materias de su especifico conocimiento, pero no lograban conciliar en el conjunto de modo de presentar al código como un instrumento normativo sistemático.

También es dable destacar que se ha hecho oídos sordos a las numerosas ponencias allegadas a la Comisión Bicameral, que tampoco ha sabido receptar en el Proyecto las observaciones, sugerencias y planteos formulados en las distintas audiencias públicas, en las que además de Juristas, especialistas y grupos de interés, tuvimos ocasión de experimentar el rechazo de distintas poblaciones acerca de muchos de los tópicos del nuevo Código Proyectado.

Lo más grave, por cierto, y en alguna medida se reiteran conceptos ya vertidos, es que se hizo tabla rasa con muchas de las construcciones normativas concebidas y plasmadas en el texto redactado por parte de la comisión de Juristas.

No puede comprenderse, y por ello fustigamos, el hecho de que bajo la invocación de estar constitucionalizando derechos, se extraeb del Proyecto las normas relativas a la responsabilidad del Estado, la definición, protección y defensa de los derechos colectivos, el derecho de acceso al agua potable, el respeto de la autonomía de la voluntad, entre otros aspectos igualmente comprometidos con la salvaguarda de las libertades individuales, los derechos de la persona y la dignidad humana.

Acto seguido, se abundará en razones especificas que motivan el rechazo que se postula.

II. ACLARACION PRELIMINAR.

Estimamos de valor aclarar anticipadamente que el abordaje del Proyecto sigue el orden establecido por la sucesión de las normas, y se ha optado por consignar un título que de algún modo defina el cuestionamiento que en cada caso se formula.

III. ANALISIS EN PARTICULAR.

Concretas razones para el rechazo.

1.- INCONVENIENTE Y PELIGROSA SUBORIDNACION DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES

Lamentablemente, el Poder Ejecutivo tomó la decisión de modificar el artículo 14 del Proyecto tal como había sido concebido por la Comisión de Juristas.

Lo hizo vía eliminación del inciso b) que hacía referencia a las acciones individuales homogéneas, de modo que quedan solo reconocidos los individuales y los de incidencia colectiva.

Igualmente, ese inciso venía en su parte final a poner punto final a una laguna legislativa: la reglamentación del ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase, donde suministraba pautas mínimas (legitimación, pautas básicas procedimentales, efectos de la sentencia) que jugaban como garantía de efectividad de los mismos.

Y que no comportaban de manera alguna avasallamiento de las autonomías provinciales, pues bien puede el Código Civil afirmar pautas o principios jurisdiccionales en beneficio de los derechos que se regulan, y bien podían las legislaturas locales completar el marco adjetivo a su respecto.

Es dable suponer que un equipo encabezado por miembros del Superior Tribunal de la Nación no incurría en dislates cuando proponían tales normas.

Y de todos modos, si el Proyecto reconoce los derechos de incidencia colectiva aún en la redacción reformulada, se supone que corresponde arbitrar una regulación de lo atinente a los daños colectivos y a las acciones colectivas (temas ambos abolidos por el P. E.).

Porque se revela necesario proveer las herramientas de fondo –y aún las acciones- tradicionales para que su declaración no quede circunscripta a su ilusoria declamación, dado que la ausencia de mecanismos adecuados bien podría equipararse a su negación lisa y llana.

Nos parece insuficiente deferir el tema a leyes especiales (tal como lo está a la general del medio ambiente -26.673- y a la de defensa del consumidor -24.240- en estas materias específicas), puesto que la previsión de todo ello en el Código proyectado permitiría uniformar las reglas aplicables a las acciones por daños colectivos de toda y cualquier especie.

Compartimos la opinión de Andrés Gil Domínguez en el sentido que “la redacción originaria recogía como dimensión sustancial de la validez, a los derechos de incidencia colectiva indivisibles y divisibles, pero el Poder Ejecutivo sin fundamento alguno, reformuló la redacción y eliminó la totalidad de la Sección 5ta. Referida a los daños de los derechos de incidencia colectiva” (“Estado constitucional de derecho y proyecto de Código Civil y Comercial”, en La Ley, 7/8/2012, pág. 1 y ss.).

No obstante lo expuesto hasta aquí, en atención a la trascendencia y valor de los institutos considerados, abundaremos en mayores consideraciones más adelante en ocasión acometer el análisis de los artículos 1745/1748.

En el artículo 14 que se proyecta, se introduce un peligroso cambio de paradigma cuando, en el segundo párrafo, se consagra la regla de la subordinación de los derechos individuales al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

En efecto: el sistema jurídico debe imperativamente descansar sobre la base del respeto de los derechos individuales, de todos ellos por igual, y no consagrar subordinaciones fundadas en arbitrarias categorizaciones que, para colmo, carecen de contornos claramente definidos.

Desde ya, es dable suponer que dos o más derechos constitucionales puedan entrar en conflicto, pero desechamos la pretensión de proveer, frente a tal alternativo, soluciones a priori desde la ley infra-constitucional; soluciones tanto más peligrosas cuando la subordinación o limitante a los derechos individuales provendrían de esa categoría tan abstracta, genérica y ambigua que se da en llamar “derechos de incidencia colectiva”, que bien podría convertirse entonces en excusa o pretexto para el desconocimiento de los derechos personales.

La jurisprudencia de la Corte Suprema indica que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución tienen igual jerarquía, y que la interpretación debe armonizarlos (“Cuello”, Fallos, 255:293; “DRI”, Fallos, 264:94; “Santoro””, Fallos, 272:231; entre tantos otros en idéntico sentido).

Consecuencia de ello es que un derecho constitucional no debe extinguir otro. Ha dicho la Corte que debe mediar en el ejercicio de los mismos una coexistencia que permita a cada uno ser desarrollado sin lesionar el ejercicio de los otros (“Barroca”, Fallos, 259:403). De modo que, frente a la confrontación, la primera tarea es intentar armonizarlos, porque se afirma la igualdad en el plano jurídico de todos los derechos.

Pero aún frente al conflicto concreto, la solución debe encontrarse en cada caso, y para ello la solución, según la propia Corte, se encuentra acordando preferencia al de mayor jerarquía valorativa, tesis sostenida por siempre por el máximo tribunal (in re “Mayans y otros”, Fallos, 255:330, entre otros).

Así, no es posible trazar una jerarquización de derechos a priori en la ley, porque la ponderación de valores jurídicos contrapuestos corresponde se haga en cada caso, y la preeminencia se acuerde entonces en atención a aquellos.

No puede señalarse de antemano la preeminencia de los derechos de incidencia colectiva, cotizando los mismos por sobre los restantes, pues de ese modo se abre la puerta al riesgo del desconocimiento liso y llano de los derechos individuales. No resulta ocioso reparar que, entre éstos, muchos conciernen a valores tan sublimes como la dignidad, la libertad, la intimidad y otros no menos preciados.

En línea con lo que venimos expresando, la propia Corte tiene expresado que la coordinación armoniosa de los principios y derechos constitucionales no se ha de buscar a partir de premisas genéricas o

de enunciados abstractos, sino que ha de referirse a las situaciones concretas de la causa, y apreciarse en relación a sus circunstancias particulares (in re “Petit”, Fallos, 305:596).

Además, siendo que el propio proyecto, esta vez en su art. 240, señala como norte la compatibilidad del ejercicio de los derechos individuales con los de incidencia colectiva, tal criterio comporta la necesidad de verificar un análisis concreto en cada caso a efectos de decidir acerca de eventuales límites o prevalencias respecto de los primeros.

Pero si bien, la idea que prima en materia de derechos es la de la armonización o compatibilización de los mismos, según lo dispone el primer párrafo del artículo, muy distinto es el caso del segundo párrafo, pues la pretensión de conformar el ejercicio de los derechos a normas de derecho administrativo nacional y local dictado bajo el amparo de resguardos tan amplios, generales, imprecisos y ambiguos como los que allí se mencionaban, inclusive dejando abierta la compuerta a otros que a priori se desconocen, comporta un serio peligro en más de un sentido.

Por un lado, en lo que respecta a la naturaleza, el sentido y alcance del derecho individual en juego, que podría llegar a quedar vaciado de esencia y contenido mediante normas administrativas más que restrictivas, y aun prohibitivas. Por el otro, resintiendo la seguridad jurídica como marco genérico para el ejercicio de todos los derechos y garantías del conjunto.

Por último, tanto el abuso de derecho y el orden público previstos en los artículos 10 y 12 del proyecto suponían ya suficiente resguardo frente al riesgo del ejercicio antifuncional de los derechos.

2.- PELIGROSA CONCEPCION SOBRE EL COMIENZO DE LA PERSONA HUMANA

El artículo 19 consagra una solución que se opone con la tradición jurídica de nuestro país, ya que los embriones obtenidos por reproducción asistida *in Vitro* que no hayan sido transferidos a una mujer, no son considerados como personas humanas.

No sólo con fundamento en la consabida discusión acerca de la verdadera esencia y naturaleza de los embriones, de cara a fenómenos relativamente modernos como la fecundación *in Vitro* o el congelamiento de los embriones, determinante por sí sola de una incerteza que hace inconveniente un pronunciamiento tajante dentro de un cuerpo normativo que, tal como se proclama, tendería a regir por un siglo.

En lugar de ello, el Codificador debe ceñirse a actuar conforme a las reglas que estatuyen los tratados internacionales que con jerarquía constitucional integran nuestro sistema jurídico, y no ir más allá de ellos.

De ahí que la norma contenida en el art. 19 del Proyecto debió ceñirse a afirmar el comienzo de la persona humana en la concepción o fecundación, sin más.

Debe evitarse el peligro de la manipulación genética de los embriones, y supeditar el comienzo de la existencia al hecho de la implantación comporta tanto como desconocer que previo a este momento el embrión encuentre su debida protección en el código.

3.- SUBESTIMACION DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS.

El texto del Proyecto no tiene en consideración que el reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades indígenas tiene raíz constitucional, desde que el art. 75 inc. 17) expresa que al Congreso Nacional corresponde reconocer tal personería.

De modo que, si bien literalmente la Constitución Nacional parecería deferir a una ley infra constitucional tal reconocimiento, interpretando la Constitución en su espíritu y finalidad, justo es derivar el carácter operativo de la cláusula, y hecho tal reconocimiento independientemente o con prescindencia de la ley reglamentaria.

En tal entendimiento la circunstancia de que el máximo instrumento de instrumento público de la Nación sea el que proclame el mentado reconocimiento, conlleva al legislador a no menoscabar la entidad y el rango de las mismas asignándole una personería jurídica que la asimila a cualquier sociedad, asociación civil o entidad privada de cualquier otro tipo, o no confiriéndole ninguna.

En suma, resulta grave que las comunidades indígenas reconocidas no obtengan personería jurídica como personas de derecho público, incluyéndoselas en la numeración del artículo 148 del Proyecto.

4.- INCONCEBIBLE DESESTIMACION DE LA CONSIDERACION DEL ACCESO AL AGUA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

El artículo 241 redactado en el anteproyecto por la Comisión de Juristas y posteriormente excluido por el Poder Ejecutivo, establecía que: “*ARTÍCULO 241.- Derecho fundamental de acceso al agua potable. Todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua potable para fines vitales”.*

El agua es considerada como un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho al agua es un derecho indispensable para la salud, la vida digna y la preservación del medio ambiente. El agua es el punto de partida y piedra angular para la realización de otros derechos humanos.

El ser humano mantiene una relación estrechísima con el agua, es ella una fuente elemental, un derecho humano inalienable y sinónimo de vida.

Nuestro ordenamiento jurídico, por medio de diferentes doctrinas, la ha definido como un “recurso natural”, por lo tanto, debemos comprender que dentro de estos recursos naturales se encuentran los recursos hídricos.

Desde el punto de vista del derecho comparado, podemos remarcar a modo de ejemplo la Constitución Nacional de Uruguay y Bolivia que han reconocido este derecho esencial en sus textos constitucionales.

La Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud de Alma-Ata, realizada en Kazajistán, del 6 al 12 de septiembre de 1978, fue el evento de política de salud internacional más importante de la década de los 70. La conferencia fue organizada por la Organización Mundial de la Salud, Organización Panamericana de la Salud y UNICEF. La mencionada Declaración incluye, en su punto VII referido a los componentes de la atención primaria de la salud, el apartado tercero que establece *“El desarrollo de una adecuada fuente de agua potable y de salubridad básica”.*

Por su parte, se produce en el año 2002 la Observación General 15, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al agua. De esta Observación General 15 surgen los estándares sustantivos y procedimentales que constituyen el marco dentro del cual los Estados partes del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* deben diseñar e implementar sus políticas y regulaciones relativas a la provisión de agua y saneamiento.

Debemos tener en cuenta que Argentina ha ratificado el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, dándole al mismo rango constitucional. De esta manera, el derecho humano al agua es un derecho reconocido a todos los habitantes de la Nación, ya que este posee la máxima jerarquía legal obligando internacionalmente al Estado Nacional.

Por su parte, las Naciones Unidas mediante la Resolución 64/292 del 3 de agosto de 2010, aprobada por la Asamblea General ha manifestado *“El derecho humano al agua y el saneamiento”.*

Además, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó, a través de su resolución 58/217, el período 2005-2015 Decenio Internacional para la Acción “El agua, fuente de vida”. El Decenio comenzó oficialmente el 22 de marzo de 2005, Día Mundial del Agua. Tiene como objetivo fundamental promover los esfuerzos para cumplir con los compromisos internacionales adquiridos en materia de agua y saneamiento para 2015.

Desde hace muchos años el mundo está tomando conciencia de la importancia vital que tiene el agua, así lo reflejan las principales organizaciones, defensores de los derechos humanos y países del mundo que han incluido este derecho dentro de sus máximos cuerpos legales.

Consideramos que en este momento tan particular en donde nos encontramos reformando el Código Civil y Comercial con la finalidad de adecuarlo a los tiempos en que vivimos, sumado a la relevancia mundial existente en torno al tema que nos ocupa, es imprescindible, o cuanto menos altamente positivo, el reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico mencionado del derecho fundamental de acceso al agua potable.

También en este punto debemos lamentar que se haya suprimido en este punto la normativa elaborada por la Comisión de Juristas.

5.- PELIGROSA DESNATURALIZACION DE LA INSTITUCION DE LA FAMILIA.

Es sabido que la voluntad de la Comisión Redactora del proyecto es tajante en su postura positiva a favor de la eliminación de los deberes de fidelidad y cohabitación de los cónyuges.

Estimamos necesario que se los incorpore cómo deberes jurídicos dentro de la norma, de modo que puedan traer consigo responsabilidades por los daños consiguientes frente al caso de incumplimiento por parte de algún cónyuge.

Consagrada la infidelidad como mero deber moral –tal como lo predica el artículo 431, no deriva consecuencias en el plano jurídico.

Tampoco coincidimos con la modalidad “express” de divorcio que concibe el proyecto

Por otra parte, el Proyecto el reconocimiento con rango jurídico de las “uniones convivenciales”, cómo un nuevo régimen paralelo o complementario del matrimonio.

No compartimos en absoluto ese temperamento.

Se produce aquí la creación de un nuevo instituto que sólo agregará una modalidad con contornos poco precisos.

El régimen vigente actual como así también el establecido en el proyecto de reforma, no limita la posibilidad de casarse y disolver el vínculo de manera indefinida. Recientemente, con la sanción de la ley 26.618 (matrimonio igualitario) ha quedado zanjada la imposibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Por lo tanto, en la actualidad, aquellas personas que no eligen contraer matrimonio lo

hacen simplemente porque han decidido no ingresar dentro de ese régimen.

De esta manera, aquellas parejas que han decidido voluntariamente quedar fuera del régimen matrimonial, conciente y deliberadamente se apartan de los derechos y obligaciones que el matrimonio establece. Por lo tanto, es carente de raciocinio pretender estar fuera de un régimen, que en la actualidad carece de restricciones para su ingreso, pero a su vez tener todos los derechos y obligaciones del matrimonio.

Una de las premisas de este proyecto, la cual se presenta en una gran cantidad de institutos, ha sido la autonomía de la voluntad. En la actualidad, las parejas que desean convivir haciendo uso de esa preciada autonomía deciden si se someten a un régimen o no.

Ahora bien, estas actuales uniones libres que en la actualidad conocemos como concubinato, para acogerse a los beneficios de la figura de “uniones convivenciales”, deberán ceder esa autonomía de la voluntad ante una regulación que aparece impuesta a los convivientes aun cuando eligieron no casarse.

Por otro lado, sería muy ingenuo pensar que las uniones convivenciales serán la solución al concubinato. Con la implementación de esta figura únicamente se incrementará una nueva modalidad a las existentes, ya que, aquellas parejas que convivan y no deseen cumplir con los requisitos esenciales para su registración, por cualquier motivo que sea, seguirán en una situación de hecho como lo es el concubinato.

No desconocemos que una gran cantidad de parejas en la actualidad optan por un tipo de unión de hecho, que si bien adquieren mínimos reconocimientos, quedan en desventaja con los que otorga el matrimonio. Más allá de esta situación, y sosteniendo lo dicho precedentemente, consideramos que esta elección se debe exclusivamente a una decisión de la pareja de permanecer fuera de una institución que garantiza todos sus derechos.

Es manifiesto que el reconocimiento público de las uniones de hecho y la regulación en análisis importa un marco jurídico asimétrico, pues mientras la sociedad asume obligaciones respecto de los convivientes de las uniones de hecho, estos no asumen para con la misma las obligaciones esenciales propias del matrimonio.

A su vez, tratándose de un instituto que debe operar en el marco de relaciones sociales y un flujo de interacción con los restantes individuos y grupos humanos, no es difícil imaginar los riesgos, incluido el fraude, que podrá atraer aparejado, y con ello, el campo de inseguridad jurídica que agregará a la convivencia social.

Es innegable que la libertad de casarse o no casarse existe. Es decir la libertad para constituir una unión libre. Pero su pretendida regulación no debe realizarse en el marco del Derecho de Familia,

sino en el del Derecho de la Persona, sin que la institución tomada cómo referencia sea el matrimonio, con el que no tiene manera de ser asimilado.

El conceder determinados efectos a las mismas es sumamente cuestionable, pero lo más grave es el vehículo jurídico mediante el cual se han conferido dichos efectos en el Proyecto.

Su regulación, sumada a la desregulación del matrimonio, permite concluir que se pretende, bajo este tipo de unión, instaurar una especie de matrimonio de segunda clase, con una registración a los efectos probatorios, pactos de convivencia, deber de asistencia y ciertas consecuencias patrimoniales, que lejos están de resolver la cuestión, sino de crear una mayor confusión y atentar contra la libertad de los convivientes.

Ocurre que, aun cuando implícito en la Constitución en los artículos 19 y 33, y en particular en el artículo 20 cuando se reconoce a los extranjeros “casarse conforme a las leyes”, al incorporarse con jerarquía constitucional en el art. 75 inc. 22) los tratados internacionales, el propio derecho a casarse ha obtenido particular atención y especial protección.

Así resulta del art. 16 de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, del art. 10 del “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, del art. 5 de la “Comision Internacional de todas formas de Discriminación Racial”, del art. 16 de la “Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer” y del art. 17 de la “Convención Americana sobre los Derechos Humanos” (Pacto de San José de Costa Rica).

Por tanto, allí encuentra protección la familia en su elemento natural y fundamental, y concretamente el matrimonio como elemento constitutivo de la misma.

No encuentran allí la misma cabida las uniones convivenciales. No se realiza un juicio de valor sobre las mismas, pues se acepta la libre elección de vida de los individuos en tanto conducta auto-referencial.

De ahí que acepte pueden obtener algún modo de regulación.

Pero lo real y concreto es que las uniones de hecho o convivenciales no pueden ser estructuradas de un modo igualitario con la institución matrimonial.

El proyecto en consideración peca al asimilar al matrimonio las dadas en llamar uniones convivenciales, dado que pese a manifestarse dentro de los fundamentos que se le reconocen a éstas efectos jurídicos limitados, la lectura atenta del proyecto no permite distinguir nítidamente los contornos y las aristas diferenciales entre ambos institutos.

6.- FORMAS DE PROCREACION CONTRARIAS A ELEMENTALES NOCIONES DE DIGNIDAD

El Proyecto propone la implementación de nuevas figuras referidas a la gestación y filiación por técnicas de reproducción humana asistida.

Al constituir la denominada “voluntad procreacional” la única fuente de filiación en los casos de nacidos por medio de las técnicas referidas, se podrían producir distintas situaciones, que deben ser calificadas como inadmisibles.

Así, podría plantearse el hipotético supuesto de no haber prestado ninguna persona el previo consentimiento, informado y libre ante el centro de salud interviniente, que se requiere en el proyecto para que quien presta dicho consentimiento sea considerado como padre o madre del nacido; de esta manera, el niño no tendría padre ni madre, salvo que el mismo reclame la filiación como se establece en el Art. 582 *in fine.*

Dicha voluntad no establece una pauta válida para la determinación de la paternidad ni de la maternidad, ya que se deja de lado la aportación genética, que conforme la normativa vigente constituye uno de los pilares en el que se fundamenta la paternidad.

No parece lógico ni admisible que únicamente la prestación del consentimiento en la procreación asistida tenga el efecto de atribuir la filiación respecto del nacido, pudiendo en la práctica ese consentimiento ser prestado por cualquiera que no tenga nada que ver con la aportación del semen ni con la gestación, ya que se admite el alquiler de vientres, eufemísticamente denominado “gestación por sustitución”.

La aplicación de normas como las propuestas trastocan todo el sistema de parentesco y de filiación, en el que se encuentra involucrado el orden público.

El proyecto está llamado a crear graves confusiones que no favorecen en absoluto la previsibilidad y la seguridad que se debe procurar lograr en esta materia. Asimismo afectará el derecho a la identidad del niño, que se encuentra protegido por la Constitución Nacional.

Por otra parte, además de violarse el derecho a la igualdad que pregona la Constitución Nacional en el art. 16 se produce una injusta discriminación entre los niños nacidos por procreación asistida -que según el proyecto no pueden impugnar la filiación-, y los nacidos por relación sexual natural, que, en cambio, sí pueden impugnarla.

En lo concerniente a lo que se ha dado en llamar “gestación por sustitución”, consideramos que la admisión de estos pactos puede significar la creación de un instrumento de explotación física y económica hacia la mujer, en general de escasos recursos.

La mayoría de la doctrina de nuestro país concuerda que un convenio de esta naturaleza se atenta contra la dignidad de la persona. Es inadmisible como objeto de transacciones jurídicas de ninguna especie, debiendo respetarse el derecho del *nasciturus* a su identidad y a nacer en una familia en la que la gestante y el padre genético sean, también, los padres legales.

Es evidente, que esta modalidad menoscaba la calidad de sujeto de derechos del hijo, en tanto que se convierte en el objeto en el convenio celebrado entre la o los comitentes y la madre sustituta, la que ingenuamente establece el proyecto que realizará este pacto de manera “gratuita”, sin derecho a una compensación económica, lo cual es incomprobable.

Con la “cosificación” del niño en el proyecto, se está trasgrediendo -cómo se mencionara anteriormente-, la Constitución Nacional, concretamente en cuanto ella establece en el art. 16.

Otro punto gravísimo y altamente cuestionado de la reforma es la autorización de la fecundación post mortem realizada hasta un año después del fallecimiento de uno de los padres, con lo cual, se permite la generación de un niño intencionalmente huérfano, anteponiéndose por encima del interés superior del niño planteado en el Art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño.

En la fertilización post mortem, se coloca al hijo en forma voluntaria en un hogar disgregado, agrediendo de tal manera su superior interés. Ello implica un ejercicio excesivo y desmesurado del derecho de procrear.

Esta modalidad, hace que el niño nazca con un solo padre vivo, privándolo de la atención y la relación con el otro, lo cual puede afectar su personalidad y su desarrollo, resultando indiscutible el derecho de los hijos a ser concebidos, traídos al mundo y educados por ambos padres.

Por otra parte, conforme establece el proyecto, en el supuesto de que el óvulo de la mujer hubiera sido fecundado con semen del muerto sin haberse cumplimentado los requisitos establecidos, no existiría vinculo filiatorio entre el nacido y el muerto, rechazándole a aquel el derecho a la identidad.

7.- INCONVENIENCIA DE ABANDONAR EL PRINCIPIO NOMINALISTA EXPRESADO EN LA LEY 23.928 PARA LAS OBLIGACIONES DE DAR MONEDA SIN CURSO LEGAL EN LA REPÚBLICA.
LA INCONGRUENCIA DE LAS SOLUCIONES DADAS.

Consideramos que existe una gran inconveniencia en abandonar el principio nominalista expresado en la ley 23.928 para las obligaciones de dar sumas de dinero sin curso legal en la república.

En materia de obligaciones de dar sumas de dinero en moneda extranjera se verifica en el Proyecto elevado al Congreso por el P.E. un retorno al sistema del Código Civil previo a la ley de convertibilidad, en tanto deja de reputarlas obligaciones de dar sumas de dinero para considerarlas como de dar cantidades de cosas, de manera que le permitiría al deudor de liberarse de la obligación dando el equivalente en moneda de curso legal. Así lo expresa el artículo 765 proyectado en su segundo párrafo.

Para un mejor análisis, vale reparar en el origen y ulterior derrotero del mentado art. 765 y los concordantes del proyecto de reforma del Código Civil enviado por el PEN.

El art. 765 conforme se lo enviara en definitiva al Congreso Nacional expresa que: *“si se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal, de conformidad con la cotización oficial.”*

Por su parte, el art. 766 adscribe al principio de identidad del pago, y en tal sentido señala: *“Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada.”*

Tales artículos del proyecto según el PEN no condicen con sus correspondientes artículos del anteproyecto elaborado por la “Comisión de Juristas”, pues en éste prevalecía el principio “nominalista” que –desde la sanción de la ley 23.928 (ley de convertibilidad)- rige en el Código Civil (art. 617 y 619), esquema conforme al cual las obligaciones deben de ser satisfechas en la moneda de convenida, respetándose sí a rajatabla la identidad en lo que a la especie en que debe verificarse el pago respecta.

El proyecto enviado por el PEN lo que pretende es retrotraer la cuestión al régimen en rigor previo a la entrada en vigencia de la ley 23.928 (ley de convertibilidad), y lo lograría por vía de la consideración de las obligaciones pactadas en una moneda que no sea el peso argentino como de *“dar cantidades de cosas”*, a diferencia del anteproyecto original que las consideraba de *“dar sumas de dinero”*.

Es a todas luces evidente que el agregado incorporado por el PEN al *“anteproyecto”* se alinea -hoy por hoy- con la política económica del gobierno, restrictiva del acceso al dólar.

Ahora bien: independientemente y más allá de la legalidad de la solución proyectada en tanto incuestionable resulta la atribución propia del Congreso para regular en el punto, razones vinculadas a la seguridad del tráfico jurídico en un marco de universalidad de los negocios, y a las que se suma la inflación como un dato coyuntural que tiende a serlo estructural, desaconsejan la solución arbitrada.

Es dable suponer que podría el Estado, a través del Poder legislativo –si es su voluntad hacerlo- obrar una política restrictiva en punto a la circulación de toda moneda extranjera, ya que el inc. 11 del art. 75 lo faculta a: *“Hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras; y adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas para toda la Nación.*

Sin perjuicio de que las medidas que condujeran a la aplicación del control de cambios y demás medidas que cerraron la economía, con sus consiguientes efectos perniciosos, no han tenido por fuente la legislación formal, el embate al texto propiciado no pasa por única ni necesariamente su legalidad.

Formalmente, desde el Gobierno se pregona que la adquisición de divisas extranjeras no está prohibida, sino para el atesoramiento.

Contradice la situación que se verifica en Latinoamérica, que con las consabidas excepciones asiste hoy mayormente –en la medida en que sus países saben generar inversión extranjera y exportación- a un cuadro de invasión de la divisa norteamericana.

En un contexto tal, el hecho de que el art. 765 resulte válido en términos de legalidad estricta no ha de conducir per se a afirmar que resulte ventajoso para nuestro sistema el restablecimiento de un paradigma decimonónico.

De modo que el análisis, como se expresara, imperiosamente trasciende lo jurídico.

No es difícil imaginar el modo en que la norma proyectada afectará a aquellas operaciones que hasta hoy tienen por objeto bienes cuyo precio se fija consuetudinariamente en dólares, generando un “parate” o retracción, sino una virtual parálisis, de la actividad económica.

Ocurre que tampoco escapa al debido análisis el hecho de que el peso argentino –como consecuencia de un proceso de inflación recurrente e inocultable- ha perdido su condición de vehículo de atesoramiento y, como tal, uno de sus atributos.

A nadie escapa, frente a este cuadro de situación, que el peso argentino ha venido perdiendo dos atributos (“medida de intercambio” y “reserva de valor”) que hacen a la esencia de toda moneda que se precie de tal.

No es casual asistir a una economía basada más en el consumo que en el ahorro.

Y la clave no está dada en términos de un “determinismo cultural” que exija proveer lo conducente a un cambio de mentalidad, sino de experiencia económica del pasado que permite al argentino estar “curado de espanto”.

De modo que, más allá de las buenas intenciones, lo que la iniciativa revela es un voluntarismo extremo.

Y de paso, cierta inconsistencia:

En primer lugar, cuando contradice la regla de identidad del pago que consagra el art. 766 acto seguido dentro del mismo Código proyectado.

Luego, en tanto cuando se regula el Depósito bancario el art. 1390 del “proyecto” se establece la regla contraria: “*Depósito en dinero. Hay depósito de dinero cuando el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto”.*

Esto es, no contempla ni permite que sean restituidos a los depositantes en moneda de curso legal (pesos argentinos).

De ahí que debiera haberse respetado a rajatabla la redacción dada por la “Comisión de Juristas”.

El texto proyectado no tiene futuro en el escenario actual, de una economía globalizada y dolarizada.

Y tanto menos en un contexto de inflación inocultable, sin proveer los adecuados resguardos.

La historia deja enseñanzas en este sentido.

El principio nominalista consagrado por el Código Civil en su formulación originaria, partía de reconocer al dinero un valor único, con prescindencia de su poder adquisitivo o de su cotización respecto a otra moneda.

Ese axioma nominalista ($1=$1) entró paulatinamente en crisis, en una relación de vasos comunicantes con la curva ascendente de la escala inflacionaria. Y para aflojar el corset del nominalismo se generalizó el empleo de una categorización: la de las obligaciones de valor, en las cuales el deudor está precisado a pagar una cantidad de moneda corriente que equivalga en poder adquisitivo a la cantidad nominal de dinero histórico.

Así las cosas, nacen en ejercicio de la libertad negocial las cláusulas de estabilización que procuran enjugar, o cuanto menos paliar, la pérdida del poder adquisitivo del dinero a causa de la inflación, y la propia justicia abre paso al nuevo esquema cando advierte que se ha producido una verdadera indexación de la economía producto del fenómeno inflacionario.

Así, los contratos privados previeron mecanismos de ajuste de los precios en función de la depreciación monetaria; hubo leyes que dispusieron expresamente dicha indexación y, finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (L.L:, 1976-C-72) interpretó que el incremento del monto nominal “no hace la deuda más onerosa que en su origen”, pues “no existe modificación de la obligación sino determinación del quantum en que ella se traduce”.

La situación cambia con la ley 23.298 (de Convertibilidad del Austral), que al tiempo que prohíbe el empleo de cualquier mecanismo de ajuste, consagra a rajatabla el principio de identidad de pago tanto para la obligación por la que el deudor asuma el pago en moneda nacional o en divisa extranjera.

El proyecto en análisis pretende la vuelta al sistema originario del Código, pero lo intenta hacer en un contexto de pérdida del valor en curso y de cambio de la moneda nacional que no tiene miras de parar y frente al cual no se habilitan los resguardos indexatorios, que se mantienen prohibidos.

Ello permite adivinar el rotundo fracaso del postulado normativo.

No es difícil imaginar las consecuencias que ello puede traer aparejado para el tráfico jurídico. Y es dable remarcar cómo la solución que se propone contradice esquemas de ajuste que, magüer insuficientes, sí están previstos en leyes especiales (por caso, así lo hace ya para la determinación de la “movilidad” del haber provisional y lo prevé para la futura indemnización de los riesgos del trabajo).

En suma: es difícil imaginar que en este contexto puedan coexistir el nominalismo primigenio y la prohibición del recurso a mecanismos de ajuste.

Desde ya, damos por descontado que los cambios, de cualquier modo, deberán dejar siempre a salvo e inalterables las obligaciones ya asumidas, en tanto los derechos emergentes de obligaciones ya asumidas importan *“derechos adquiridos”* (art. 17 de la CN).

Pero se abrirá siempre un interrogante frente a las experiencias de las crisis pasadas recientes que, por caso, hicieron tabla rasa de principios como el de “intangibilidad” de los depósitos.

El art. 7º del “proyecto” se hace cargo, en parte, de la problemática, cuando expresa que “…*Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.”*

De manera que el art. 765 del *“proyecto”*, en cuanto viniera siendo motivo de análisis, sólo será aplicable a los contratos que se celebren con posterioridad a su entrada en vigencia, de conformidad con lo previsto por el art. 7.

Atendiendo ahora al texto del artículo 766 del Proyecto, y siguiendo los lineamientos vertidos en el artículo precedente, y con la necesidad de analizarlo en conjunto con el presente, observamos una contradicción entre los mismos. La inconsistencia radica en que el artículo 766 establece que quien se obligó a pagar en moneda extranjera, debe cumplir la obligación contraída pagando con la misma moneda.

Por su parte, el artículo 765 establece que si el deudor se obligó a pagar en moneda extranjera, tendrá la facultad de liberase de la obligación contraída pagando en moneda de curso oficial conforme a la cotización oficial de la moneda empleada al momento de crearse la obligación.

Inconsistencia que derivaría en un sinfín de controversias que radicarían en las variantes de interpretación de las normas. Si observamos la norma desde un punto equitativo y razonable, es de entender que la interpretación correcta debería ser la establecida en el artículo 766, ya que le permitiría al acreedor tener la seguridad de ver satisfecha su prestación con la misma moneda con la cual se contrajo la obligación.

Más allá de lo mencionado, no podemos ser ajenos al contexto económico y a la modificación introducida por el Poder Ejecutivo en el artículo 765. Lo cual, hace analizar y concluir que al momento de generarse la controversia entre los dos artículos cuestionados, se inclinaría a la liberación del deudor con moneda de curso legal. Debemos tener presente que el principio general establece que a cada obligación le corresponde una acción, la cual en este caso el acreedor tendría vedada.

Con la volatilidad del tipo de cambio que comúnmente se produce en nuestro país, más aun teniendo presente las medidas restrictivas adoptadas recientemente, nos hace creer que manteniendo la normativa proyectada, producirá un mecanismo engorroso al momento de determinar los montos de la obligación.

A su vez, generando mayor incertidumbre, a la liberación de la obligación con el pago del equivalente en moneda de curso legal de conformidad con la cotización oficial, sumamos que el artículo proyectado no establece cual será el momento que la cotización mencionada deba computarse. Con lo cual, debido a la inestabilidad del tipo de cambio existente, podría provocar un detrimento importante en el acreedor la omisión mencionada. Así, consideramos que debería establecerse la cotización al momento del pago de la obligación.

Surge además el interrogante en relación a la liberación de la obligación por parte del deudor. Conforme la redacción podría parecer una obligación alternativa, en la cual siguiendo los lineamientos del artículo 779 el deudor se liberaría cumpliendo una prestación entre varias independientes. Más allá de lo mencionado, tenemos motivos para creer que en lugar de una obligación alternativa, se trata de una facultativa.

Debemos tener presente que en la obligación alternativa, la prestación es única, pero al deudor le es dada la opción de elegir para su cumplimiento entre dos o más objetos establecidos disyuntivamente. En cambio, en la obligación facultativa, la prestación reside en un objeto determinado, pero el deudor tiene la facultad de liberarse entregando otro en el momento de pago. La diferencia radica en que en la obligación alternativa, los objetos opcionales integran el contenido de la obligación –están *in obligatione*-; en cambio, en la obligación facultativa, hay un solo objeto, apareciendo el otro no *in obligatione*, sino *in solutione*, es decir, en el pago.

Por otro lado, teniendo en cuenta lo que establece el artículo 1390 respecto de los depósitos bancarios, en donde se establece que el depositario deberá devolver una moneda de la misma especie que haya sido depositada, a priori parece impensado que el depositario (en este caso el banco) no pretenda ampararse en lo establecido en el artículo 765.

Entendemos que debe respetarse la formulación normativa tal como fuera concebida por la Comision de Juristas, pues comporta el respeto de la autonomía de la voluntad de las partes, sin restringirla, acogiendo de ese modo una solución hoy arraigada en la realidad como también en el derecho argentino.

8.- EL ARBITRAJE. UN ENFOQUE INCORRECTO. El DESCONOCIMIENTO DE LA JUSTICIA COMO BIEN Y VALOR SUPREMO Y COMO FUNCION DEL ESTADO. AVASALLAMIENTO DEL FEDERALISMO.

El Proyecto regula el Contrato de Arbitraje en los artículos 1649/1665.

Apelamos a un título lo suficientemente extenso y grandilocuente como para persuadir en punto al impropio tratamiento que el proyecto defiere al instituto.

Antecede cuanto se dirá, que en resumidas cuentas puede sintetizarte en estos tópicos:
-Errónea caracterización del proceso arbitral como un contrato típico (contrato de arbitraje);
-La esencia jurisdiccional del arbitraje;
-Avasallamiento de las facultades reglamentarias de las provincias en materia procesal. Imposibilidad de legislar en el Código Civil aspectos procesales, atribución no delegada por parte de las Provincias.

Tal como se permite colegir de la presentación, nos vemos forzados a la formulación de severas observaciones en punto al Capítulo XXIX “Contrato de Arbitraje” -Arts. 1649/1655-, concebida en el proyecto de unificación de los códigos como modo de reivindicación de la intervención de la Justicia.

En tal sentido, hacemos propias las que, con sustento en el dictamen del Instituto de Estudios Legislativos, hiciera conocer la F.A.C.A., coincidente con los múltiples y serios reparos provenientes de la Colegios de Abogados que la integran, del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (señalados en ocasión de la Audiencia Pública celebrada en el Palacio legislativo), y de los apuntados en el mismo sentido por las Universidades Nacionales (entre ellas, la de La Plata).

Son volcados acto seguido, procurando respetar sustancialmente los términos en que se los explayara.

A saber:

Sabido es que el arbitraje tuvo nacimiento como un medio contractual y privado con carácter previo a la dada en llamar justicia estatal.

En efecto, establecida ésta, y creado un Poder Judicial como tercera rama del Gobierno o Poder en el esquema de la Constitución Nacional (Sección Tercera del Título Primero de la Segunda Parte) como estructura con el objeto de desarrollar una de las funciones del Estado (la Jurisdiccional) y garantizar a los habitantes de la Nación el efectivo ejercicio del derecho a la jurisdicción, consagrado por aquella en el artículo 18, la introducción de arbitraje con el énfasis puesto en sus aristas como instituto de derecho privado comporta, bien la desnaturalización del plan trazado por el Constituyente, bien un desatino o, cuanto menos, una solución desacertada.

Evidentemente, el proyecto se enanca en el tópico dentro de la orientación neoliberal que floreciera en el mundo en la década de los años 90 del siglo pasado, alejada del rol que le cabe a la Justicia dentro de un Estado de Derecho que ha buscado convertirla en gendarme último de los derechos y garantías ciudadanos.

Naturalmente, en ese contexto pasado definido por las desregulaciones, las privatizaciones, las autorregulaciones y autocalificaciones de riesgos, la libertad y el autocontrol de los mercados con minimalización de las facultades regulatorias de los Estados, se habría produjo el desplazamiento en la escala axiológico-política del derecho por la economía y la decidida influencia de esta última en aquél.

Es cuestionable esta suerte de *privatización* de la justicia que trasunta en la iniciativa. Preocupa que plasme en la iniciativa una concepción privatística y contractual que nos a épocas anteriores a de la organización del Estado, que marca el triunfo definitivo del nuevo derecho procesal publicístico.

El arbitraje del sistema continental europeo y latinoamericano, es considerado en forma general como un instituto mixto: tiene origen *contractual* por la inicial decisión de las partes de resolver sus

conflictos intersubjetivos por esa vía; pero marcadamente *jurisdiccional* por las funciones y efectos de ese especial proceso privado, aspecto que por cierto prevalece habida cuenta de la función que se involucra.

Fuerza reconocer que pudo haber recibido de lleno esas nuevas concepciones caracterizadas por una factura mucho más liberal, en la que se advierte una mayor presencia y actuación de la autonomía de la voluntad en el desarrollo de los procedimientos que llevan al laudo, con el que finaliza el proceso arbitral, en demérito de su esencial función, carácter y efectos jurisdiccionales. Más esto último es lo que no debe perderse de vista.

Como consecuencia de ello se habría producido una suerte *neocontractualización* del arbitraje, operada vía acentuación del momento de autonomía de la voluntad de las partes que opera en su inicial aspecto contractual, por encima y con indebido soslayo de su naturaleza marcadamente jurisdiccional como herramienta de justicia, que pretende devolver al arbitraje a épocas anteriores al Constitucionalismo y al advenimiento del Estado de Derecho.

Solo en atención a una consideración semejante es como podría explicarse el tratamiento que el proyecto hace del instituto en el marco y como un contrato más.

Temperamento erróneo y censurable por cierto, en tanto no se puede desconocer el esencial carácter y función jurisdiccional del arbitraje, entendida como función de decir y aplicar el derecho impartiendo justicia en una situación de conflicto de intereses -sea en estricto derecho o en equidad-, y situarse en otra ilimitadamente contractual o privatista en la que la irrestricta autonomía de la voluntad presente en la faz inicial aparezca eclipsando el interés público comprometido en todo instituto de administración de justicia.

El proyecto yerra entonces cuando desde una cerril concepción privatista considera y trata al arbitraje como un típico contrato privado, uno más de tantos, en desmedro de su verdadera naturaleza, que lo define y caracteriza como un especial “proceso” privado que desemboca en un laudo que resuelve definitivamente el conflicto planteado -en decisión generalmente inapelable-, asimilándose en sus efectos con una sentencia judicial emanada de un juez de la Nación.

No puede actuarse a contramano de lo que la firme y pacífica doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que desde siempre ha reconocido carácter jurisdiccional del arbitraje (Fallos 247:323; 296:230; 302;1280; 320:700), aclarando es “jurisdiccional por su naturaleza (CSJN sent del 11/11/1997 in re “Yacimientos Carboníferos Fiscales s/ Tribunal Arbitral – Fallos 320:2379) ; “por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos”, esto es la sentencia arbitral firme como título ejecutorio ejecutable al igual que una sentencia judicial por el proceso de ejecución de sentencias (Arts. 499 y. 766–1er párrafo del CPCCN), sin perjuicio de reconocer su origen contractual como procedimiento de solución de controversias (CSJN “J.C.Roca v.Consultara S.A.” Fallos: 322:1100).

La iniciativa en análisis desconoce o reduce a una mínima e insignificante expresión el carácter publicístico y procesal del arbitraje como actividad jurisdiccional privada. Lo ubica en las antípodas, en un esquema meramente sustantivo negocial que ignora el aspecto adjetivo y las verdaderas implicancias de derecho público que le dan significado. Y así, colocándoselo en la esfera de actuación de la autonomía de la voluntad encuentra menos límites que en un marco procesal y publicístico, desnaturalizando no solo sus orígenes y tradición jurídica sino su finalidad y esencia. Con evidente gravedad y riesgo institucional, en tanto lo que está de por medio es la Justicia, como derecho y como valor jurídico y material que precisa de una verdadera Administración que tanto la Nación como las Provincias deben garantizar y asegurar.

Así las cosas, repárese en que la legislación argentina –fundamentalmente procesal- enrolada en la tradición hispánica ha reconocido desde siempre la autoridad de cosa juzgada material de los laudos o sentencias arbitrales dictadas por los árbitros, sin necesidad de control u homologación previa alguna de los jueces, y su ejecutoriedad inmediata y compulsiva contra el patrimonio del perdidoso en idénticas condiciones que una sentencia judicial incumplida (art. 499 del C.P.C.C.N.).

Y en este sentido no debe olvidarse que el arbitraje dependerá siempre de la imprescindible colaboración y asistencia en materia probatoria o cautelar del Estado, al carecer los árbitros del necesario e indelegado poder de *imperium* para la ejecución coactiva de esas medidas y en especial de los laudos (sentencias) arbitrales, con el auxilio de la fuerza pública en caso de incumplimiento de la parte perdidosa.

Ahora bien: dado que el arbitraje proviene de un contrato celebrado entre las partes de un litigio, llamado “acuerdo de arbitraje” o “pacto arbitral”, se impone erradicar algunas confusiones -en las que habrían incurrido los autores del proyecto- que se derivan de supeditar en materia de arbitraje el derecho de las obligaciones del contrato en general al derecho procesal.

El proyecto, al operar de esa manera, ha dejado de considerar al arbitraje como un proceso (si bien no judicial) y como un instituto propio del derecho procesal, según lo marca la historia jurídica argentina “*El proceso Arbitral*”- Libro VI del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación -Arts. 736/773- para trasladarlo lisa y llanamente a la órbita del derecho privado, regulándolo en su mayor parte en el Código Civil.

Y qué es lo que se verifica a partir de esa tesitura: desplazar el carácter predominantemente jurisdiccional del instituto, a favor de su consideración como un contrato, carácter que si bien reviste en su etapa inicial, queda eclipsado por la naturaleza, esencia y efectos de su función jurisdiccional.

El proceso arbitral deja en el proyecto de ser una figura procesal y publicística que regula una forma de juzgamiento tanto o más antigua que la justicia estatal que aunque desde la órbita privada, no deja de ser justicia, para devenir en un instituto del derecho privado que no sin arbitrio se pretende incorporar al código como un típico contrato civil: el novedoso “Contrato de Arbitraje”.

Todo ello, no solo en contradicción con lo que las normas superiores estatuyen en materia de organización de la justicia y defensa de los derechos, sino con olvido de las tradiciones jurídicas más arraigadas en los sistemas del derecho continental europeo al que se adscribe el Argentino.

En términos de juridicidad privada estricta, vale traer a cuento que si bien el Código Civil, y en especial el art. 1137 que define el contrato, no lo diferencia de la convención, lo cierto es que ambos conceptos tienen significados diferentes, tal como surge de la nota de Vélez a dicho artículo. Así puede advertirse que, de las fuentes allí citadas -y sobre todo, de Aubry y Rau- resulta que la convención es el género, que se manifiesta como todo acuerdo -es decir, tenemos un negocio bilateral- sobre un objeto de interés jurídico, patrimonial o extrapatrimonial, mientras que el contrato se dirige a crear obligaciones (Mosset Iturraspe, Contratos, 1981, p. 13; Spota, Instituciones de derecho civil. Contratos, 1975, vol. I, p. 4). Lo cierto es que el alcance de lo que se entiende por convención está signado por el mayor o menor ámbito a que se circunscriba la figura del contrato, quedando reducido el espacio de las convenciones a los actos jurídicos bilaterales no patrimoniales, si se adopta del contrato un criterio amplio, que predomina en la doctrina más moderna y autorizada (Lopez de Zavalía, Teoría de los contratos, Tº 1, Parte General, 4 ed. 1997, p. 16). Asi por ejemplo se ha considerado que atento la exigencia del art. 1169 del Código Civil, no son contratos los actos jurídicos bilaterales cuyo objeto es extrapatrimonial (Bueres, Alberto J.; Highton, Elena I., “Código Civil, ed. Hammurabbi, Bs.As. 2000, Tº 3-B p. 503/17”).

Sin perjuicio de las discutibles precisiones terminológicas entre convención y contrato, lo cierto es que en la regulación del arbitraje en la mayoría de las legislaciones del mundo adscriptas al sistema continental europeo del *civil law*, de todos los tiempos, como en todos los convenios internacionales sobre la materia a los cuales ha adherido nuestro país, la decisión de someterse a arbitraje ha sido considerada siempre como una *cláusula, compromiso, pacto, acuerdo, convenio o convención*, pero nunca como un contrato típico. Así sucede con la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras o Convención de Nueva York de 1958 (Aprobada por Ley 23.619 B.O. 4/11/88); la Convención sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada en el marco de la CIDIP I (Convenciones de Derecho Internacional privado de la OEA) de 1975 o Convención de Panamá (Aprobada por ley 24.322 B.O 17/6/94); la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales

Extranjeros aprobada en el marco de la CIDIP II, en el año 1979 o convención de Montevideo (Aprobada por Ley 22. 921 B.O. 27/9/83).

En el ámbito regional, se pueden citar como ejemplos el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial y Administrativa suscripto entre los gobiernos de los Estados parte del MERCOSUR (Ratificado por ley 24.578 27/11/95) y el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR suscripto en Buenos Aires el 23/7/1988 (Aprobado por ley 25.223 B.O. 5-1/2000).

En todos esos acuerdos internacionales, como se dijo, el arbitraje ha sido reconocido siempre como un sistema privado de heterocomposición de conflictos intersubjetivos surgidos de relaciones contractuales o extracontractuales, producto de un acuerdo de voluntades, que puede o no formar parte de un contrato, al que nunca se calificó como contrato, sino como una cláusula, compromiso, pacto, acuerdo, convenio o convención, con características propias. Entre éstas la terminante y absoluta independencia y separabilidad de ese acuerdo respecto del contrato base que pudiera contenerlo o al que se refiere. Características que reparan precisamente en que sus efectos son exclusivamente procesales en tanto pretenden determinar la forma y modo de resolver procesalmente los conflictos que se susciten entre las partes por el incumplimiento de algunas de las obligaciones sustanciales o materiales asumidas por estas en el contrato -cuando lo hubiere-.

Y tanto ello es así que aún la doctrina procesal que comparte su naturaleza contractual, no lo considera como un contrato sustancial típico sino como un contrato sui generis de índole procesal.

En línea con el propósito de privatizar el arbitraje, es como se introduce en el proyecto de unificación regulación de buena parte de su desarrollo como proceso, apartándose inclusive de la experiencia de la gran mayoría de las legislaciones del mundo dictadas a partir de la Ley Modelo CNUDMI (1985) que ha optado por una regulación legal específica e independiente de los Códigos.

Si bien existen algunos pocos precedentes internacionales que aún contemplan la regulación del arbitraje en los códigos lo cierto es que ella se desarrolla en los Códigos Procesales (Francia e Italia en Europa, y Chile en Iberoamérica) limitándose en muy pocos casos a contemplar alguna aislada disposición relacionada con al carácter convencional del acuerdo o convención arbitral en los Códigos de Fondo, respecto de la oportunidad, capacidad y forma de instrumentación de esa decisión convencional inicial, pero aun en estos casos sin llegar considerarlo como un contrato (como lo hace Francia), y sin adentrarse en la regulación del proceso arbitral que, como quedara dicho, se mantiene contenido en los Códigos Procesales.

Es que no puede soslayarse el hecho que, siendo que el elemento convencional emergente del acuerdo de voluntades de optar

por la vía arbitral para la resolución de los conflictos se relaciona con la decisión inicial de hacerlo, pero no con todo el proceso arbitral que desemboca en el dictado de laudo, la regulación en el Código de Fondo no podría ir más allá de esos aspectos.

Es por ello que de insistirse en la regulación del acuerdo, pacto convenio, o convención arbitral en el Código Civil –lo que no consideramos correcto ni prudente- su regulación no podría ir mas allá de los arts. 1649 -Definición- y 1650 -Forma-. Pero no más.

Sin perjuicio de lo anterior, se estima conveniente tener en cuenta que actualmente existen varios proyectos de ley con aspiración de regular el arbitraje mediante leyes autónomas, iniciativas que tampoco consideran al arbitraje como un contrato y se ubican en las antípodas de este proyecto (Proyectos: Expte. nro. 0014-D-2010; Expte. nro. 0009-D-2011; Expte. nro. 3301-D-2011; Expte. nro. 0003-D-2012).

Siendo que el arbitraje por su esencia jurisdiccional es -y debe ser considerada y tratada como- una institución procesal, su regulación normativa, al igual que la de toda cuestión relacionada con las normas de procedimiento, enjuiciamiento o juzgamiento, es de resorte exclusivo e indelegado de las provincias, toda vez que de conformidad con el sistema federal adoptado por la Constitución Nacional, la atribución de legislar en materia procesal pertenece, como principio, a cada una de ellas y no al Congreso de la Nación (Arts. 5, 75 inc 12, 121 de la Constitución Nacional)

Así ha sido considerado desde la organización institucional de nuestro país como lo demuestra 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 (PALACIO Lino Enrique “Derecho Procesal Civil”, *Tomo I. Nociones generales”* Abeledo Perrot, 2da Edición, 4ta Reimpresión, 1990. Cap. II Las normas Procesales. Parág. 8. El sistema constitucional argentino y las normas procesales. Pág. 42/45); RIVERA Julio Cesar “Arbitraje Comercial “, ob cit Cap.I, VI, Legislación Argentina sobre Arbitraje”, parág. 25. Antecedentes: el carácter local de las legislaciones procesales).

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 reconocido 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 (Fallos 136:154; Fallos 137:307). Existe, en efecto, un vasto sector de normas procesales (en 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 derechos 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, en tanto el arbitraje en sí mismo como proceso privado es un instituto 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.

Ocurre, además, que la mención, nominación o referencia al contrato de arbitraje como un contrato típico es altamente discutible, y de hecho no ha sido contemplada hasta el momento por ninguna de las regulaciones nacionales e internacionales del arbitraje.

Un último aspecto, atinente más a las calidades de quien haya de cumplir el rol de árbitro, pasa por la conveniencia de exigir la calidad de abogado en el arbitraje de derecho.

Encuentro en lo particular atendibles las razones que desde los Colegios profesionales de la Abogacía se han venido suministrando en orden a añadir al proyectado art. 1660 que regula las calidades de los árbitros, la de resultar profesional de la abogacía, particularmente tratándose del arbitraje juris o de derecho.

Suscribimos las razones varias que suministraran al respecto, y resumieran de este modo:

1°) Habida cuenta la igualdad de funciones jurisdiccionales entre la actividad de un juez y de un árbitro juris, dirigiendo ambos un proceso contradictorio en el que se deben respetar las normas de procedimiento acordadas por las partes y la garantía del debido proceso, resolviendo definitivamente conforme a derecho emitiendo una sentencia o laudo arbitral que hace cosa juzgada material, ejecutable ante su incumplimiento al igual que una sentencia de un juez por el proceso de ejecución de sentencias (Art. 499 del C.PN), no puede dudarse que por mas que este último hubiera intervenido en virtud de una originaria decisión voluntarista de las partes, debe tener la misma idoneidad profesional que el juez de primera instancia que hubiera sido competente para entender de ese conflicto (Dto. Ley 1.285/58 .-Art. 6: Para ser juez nacional de primera instancia se requiere ser ciudadano argentino y abogado graduado en Universidad Nacional con cuatro años de ejercicio en la profesión y 25 años de edad).

2°) El factor gravitante a tener en cuenta es el carácter, la naturaleza y los efectos de la función jurisdiccional del árbitro de derecho por encima del origen contractual.

3°) Solo una persona con capacitación e idoneidad en derecho puede dictar un laudo o sentencia arbitral basado en derecho, siguiendo las normas procesales y de fondo vigentes.

4°) Si bien otras personas que no son abogados como los árbitros profesionales pueden tener conocimientos de derecho suficientes, no puede asegurarse que ello suceda en todos los casos, presunción que solo cumple quien respeta las mismas condiciones que las exigidas para ser juez según el lugar del arbitraje.

5°) La falta de previsión de esa exigencia en la normativa procesal vigente separándose de los antecedentes españoles, obedeció a una explicable circunstancia de hecho: la falta de abogados.

6°) La garantía del debido proceso arbitral exige que un arbitraje de derecho sea conducido y resuelto por una persona con idoneidad similar a la del juez que debería haber resuelto la misma cuestión si las partes no hubiesen optado por la jurisdicción arbitral.

7°) No es concebible que en un sistema de control de constitucionalidad difuso como el del derecho argentino, una persona que no es abogado ni tiene por ello asegurada la presunción de conocer el derecho, pueda declarar como cualquier juez la inconstitucionalidad de leyes, poniendo en crisis el sistema normativo vigente.

8°) El arbitraje es generalmente de instancia única en cuanto al mérito o fondo de la cuestión -sea porque las partes hubiesen renunciado al recurso de apelación, según nuestro derecho vigente o por disposición de las leyes de arbitraje, como sucede en la mayoría de las legislaciones del mundo-, circunstancia que acrecienta la necesidad de contar con las seguridad necesaria de idoneidad de ese juez privado, que solo un abogado en las mismas condiciones que un juez estatal puede dar.

9°) Si las partes consideran conveniente que los árbitros sean conocedores de las cuestiones de hecho y resuelvan según su experiencia y sin tener en cuenta las normas de derecho, cuentan para ello con el arbitraje de equidad.

10°) De la sola voluntad de la o las partes solo puede nacer un título ejecutivo convencional (Art. 523 del CPCCN), pero nunca un título ejecutorio, como lo es una sentencia o laudo arbitral consentido o ejecutoriado.

11°) Tanto las legislaciones locales que se apartaran del CPCCN y en especial el novel Código Procesal de Río Negro que constituye la única regulación local moderna del arbitraje, exigen que cuando la cuestión litigiosa haya de decidirse con arreglo a derecho, los árbitros deberán ser abogados en ejercicio (Art. 741 Ley 4142. Código Procesal Civil y Comercial de Rio Negro (2006)) o abogados de la

matrícula (Santa Fe) (Art. 422 del C.P.c. y C. de Santa Fe Ley 5.531 del 29-I-1962) o abogados (Mendoza) (Art. 299 del C.P.C. y C. de Mendoza , Ley 2269 de 1953).

12°) Si como lo reconoce toda la doctrina, incluso la que no considera válida la exigencia de la condición de abogado, la realidad indica que en la generalidad de los casos los árbitros de derecho son abogados especializados, no se advierte la razón para no exigirlo ni el perjuicio que podría causar esa exigencia.

13°) El tema radica en definitiva en una cuestión de principios y de equilibrios razonables entre el carácter contractual basado en la autonomía de la voluntad y el carácter jurisdiccional en el arbitraje según su función y efectos, que llevan implícita su inserción en el derecho privado, conforme lo pretenden algunas modernas corrientes, o su mantenimiento como disciplina fundamentalmente jurisdiccional propia del derecho público, como lo es el derecho procesal, teniendo en consideración no solo los intereses de las partes, sino también los superiores de un adecuado servicio de justicia, que aunque privado, no deja de ser justicia.

14°) Si se acuerda que en el arbitraje de derecho deben intervenir abogados, la solución ha de ser aplicada a todos los integrantes del tribunal, sin que se pueda considerar soslayada esa exigencia con la sola presencia de un abogado entre los tres integrantes, que nunca podrá imponer su voluntad por encima de la de los otros dos legos o profanos que siempre podrán hacer mayoría desembocando en un laudo de derecho dictado por personas o profesionales que no acreditan idoneidad para ello.

9.- INEXPLICABLE ELIMINACION DE NORMAS PROTECTORIAS DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGENEOS Y DE INCIDENCIA COLECTIVA.

En lo atinente a soluciones adjetivas prescriptas para la mejor defensa de los derechos individuales homogéneos y los de incidencia colectiva, advertimos que lamentablemente, el Poder Ejecutivo tomó la decisión de modificar el artículo 14 y 1745/1748 del Proyecto tal como había sido concebido por la Comisión de Juristas.

Se trata de otra de las trascendentes –y sugestivas- modificaciones que por vía de sustracción por el Poder Ejecutivo de parte del articulado concebido por la comisión creada por el decreto 191/2011 sufrió el anteproyecto previo a su llegada al Congreso, tuvo que ver con materias nuevas, relevantes y sensibles: los derechos colectivos, daños colectivos y acciones colectivas y de clase. Receptadas y formalizadas en la reforma constitucional del ´94, expresa e implícitamente; receptadas asimismo en los pronunciamientos judiciales, pero pendientes de una adecuada reglamentación normativa que efectivizara definitivamente su efectividad.

El anteproyecto de Código Civil y Comercial se refería a ellos en sus arts. 14 y 1745 a 1748, estableciendo un sistema abarcativo de:

- acciones colectivas sobre derechos individuales homogéneos (arts. 14 inc. b);
- derechos de incidencia colectiva (legitimación), art.14 inc. c).;
- daños a los derechos de incidencia colectiva e individuales homogéneos; presupuestos de admisibilidad y alcances de la sentencia (cosa juzgada), arts. 1745 a 1748.

La Constitución Nacional (art. 43), reconoce a los derechos de incidencia colectiva.

Ahora los mismos obtenían consagración supra-constitucional también, esta vez en el Título Preliminar del Proyecto.

La única manera posible de asegurar y proteger jurídicamente tales derechos de incidencia colectiva, es por medio de acciones preventivas y/o resarcitorias de los daños eventuales, posible o concretos, según corresponda.

Es por ende materia del Derecho de Daños, que debe ser regulada en el Código Civil, pues la sola mención, la mera referencia a la categoría sin dotarla de concreta regulación, nada agrega al reconocimiento que surge de la formalización que verifica la constitución, a través del mentado artículo 43, como también de otros que remiten al concepto (por ejemplo, la llamada “cláusula ambiental” del artículo 41 o la protección derecho de los consumidores y usuarios prevista en el 42).

A partir de un razonamiento semejante, colegimos que si el Proyecto reconoce los derechos de incidencia colectiva (art. 14 inc. b., en la redacción reformulada por el Poder Ejecutivo), dándoles entidad, no puede dejar de regular también, lo atinente a daños colectivos y acciones colectivas (temas ambos, eliminados por observaciones del P.E.N.).

Pues es ilusorio reaccionar frente a los daños colectivos, a través de las herramientas de fondo (y las acciones) tradicionales, que son propias de los derechos individuales.

Reconocer los derechos colectivos, pero impidiendo que se regulen los mecanismos adecuados para su implementación, equivale a negarlos.

Convengamos que, al margen de lo disciplinado en la ley de defensa del consumidor 24.240 (y modificaciones introducidas por la 26.361), arts. 52, 53 y 54, ha sido la jurisprudencia, la que debió formular pretorianamente pautas para regular los procesos judiciales por daños colectivos (p. ej, in re “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Edesur”, sentencia de la Cám. Nac. Fed. de la Ciudad de Buenos Aires; por citar uno de los más trascendentes).

Por ende, a esta altura de evolución de nuestra ciencia jurídica, se impone que dichas reglas sean provistas por el legislador, para que los Jueces puedan aplicarlas de modo uniforme e inequívoco.

Entendemos que leyes nacionales especiales regulatorias en materia daños colectivos (ej., ley 26.675 general del medio ambiente y ley 24.240 de defensa del consumidor, arts. 52 a 54), aún cuando hayan legislado también sobre las acciones judiciales colectivas, no han sido suficientes.

Creemos que también puede y debe hacerlo el Código Civil y Comercial, incluso para uniformar las reglas aplicables a las acciones por daños colectivos de toda especie.

Dando por descontado que quienes interviniesen originariamente en la redacción del anteproyecto lo hacen a sabiendas de la legalidad y el acierto de cuanto proyectan, máxime al contar con la dirección del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mas solo en ánimo de validar su postura en la materia digo cuanto sigue.

El artículo 75, inciso 12, parte 1ª de la CN no sería óbice para que el proyecto unificador introduzca uniformadoras cláusulas de naturaleza “procesal” para todo el territorio y obligatorias para todas las provincias (p. ej., regulando tipos de prueba, de procesos y facultades de los jueces en distintos temas como lo hace en forma abundante).

Téngase presente que –desde antaño- la Corte Federal ha admitido que el Congreso Nacional legisle en el Código Civil sobre recaudos de esa índole cuando son para “asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los códigos de fondo (ver los fallos citados en “Derecho Constitucional Argentino”, de Quiroga Lavié, Benedetti-Cenicacelaya, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, Tomo II , pags. 913/914).

Como tal jurisprudencia retiene su valor después de la reforma constitucional de 1994, no podría objetarse per se la constitucionalidad de las cláusulas de índole procesalista, procedimental o de forma proyectadas en el tópico.

Despejada así cualquier duda sobre la legalidad del tratamiento elegido por la Comisión de Juristas para el abordaje del asunto, diré que comparto la regulación adoptada en tanto luce adecuada para asegurar los fines que persigue.

En ese mismo sentido, y en su concreto análisis del hecho destacado al comenzar la consideración de este asunto, la distinguida procesalista Mabel de los Santos (en Rev. Jurídica La Ley, 8-6-12, "Los procesos colectivos en el Anteproyecto", págs. 1 y sgts.), señala: "*Lamentablemente, ha trascendido la decisión del P.E.N. de derogar dicha normativa. Así, se ha eliminado toda referencia a las acciones individuales homogéneas, relevante para facilitar la indemnización de los daños sufridos a esos derechos. El Estado debe suministrar*

estructuras legales coherentes e idóneas para facilitar el ejercicio y la defensa de los derechos fundamentales previstos en los arts. 42 a 43 de la Const. Nacional. Corresponde entonces bregar por el mantenimiento del texto proyectado, en tanto contiene acertadas y prudentes pautas generales, compatibles con la legislación sustancial”.

Por su parte, esta vez desde una óptica constitucional estricta, predica Andrés Gil Domínguez lo siguiente: “…La redacción originaria (del Proyecto de Código Civil y Comercial) recogía como dimensión sustancial de la validez, a los derechos de incidencia colectiva indivisibles y divisibles, pero el Poder Ejecutivo sin fundamento alguno, reformuló la redacción y eliminó la totalidad de la Sección 5ta. referida a los daños de los derechos de incidencia colectiva*…” (*“Estado constitucional de Derecho y proyecto de Código Civil y Comercial”, en La Ley, 7-8-12, págs. 1 y sgtes.).

Concluye de todos modos Gil Domínguez, que: “…*no obstante, el propio mandato constitucional y convencional reconocido expresamente por el proyecto, hace que el estándar establecido por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Halabi”, configure el marco de referencia sustancial que deberán respetar las normas civiles…”.*

Concordamos con la apreciación de los juristas.

No se comprende, entonces, que como pretexto para eliminar del anteproyecto los artículos dedicados el tratamiento de tales materias se haya apelado a la excusa de que remiten a materia procesal ajena al Congreso, pues la propia jurisprudencia del máximo Tribunal avala hacerlo en este caso.

Nadie ignora que según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las facultades de las provincias en el dictado de normas procesales no es absoluta, habiéndose reconocido 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 (Fallos 136:154; Fallos 137:307).

Existe, en efecto, un vasto sector de normas procesales (entre las que se destacan las referentes a legitimación, admisibilidad de los medios de prueba, etc.), cuya sanción no podría deferirse a cada una de las provincias sin riesgo de desnaturalizar instituciones propias del denominado derechos substancial o material.

Lo cierto es que, tratándose como se trata de medidas de carácter excepcional, y que obedecen única y exclusivamente a asegurar la efectividad del ejercicio de los derechos que consagra la legislación de fondo, el Congreso está habilitado para legislar en el sentido y conforme resultaba de las normas proyectadas por la Comisión de Juristas en su Anteproyecto.

10.- ARBITRARIA ELIMINACION DE LOS PRINCIPIOS Y NORMAS REGULADORAS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SUS AGENTES.

El punto, de por sí trascendente en tanto se refiere o contiene a la responsabilidad del Estado y la de sus funcionarios y empleados públicos, merece condigno reproche por parte de los legisladores de este bloque tal y como aparece regulado en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en análisis en sus artículos 1.764, 1.765 y 1.766.

Repulsa que advertimos resulta generalizada en el ámbito académico –baste sino con reparar en las distintas ponencias allegadas- y de seguro comparten todos los bloques no oficialistas representados en la Comisión Bicameral encargada de su estudio, y que se explica por sí sola atendiendo al modo mismo en que los artículos ahora proyectados vieran la luz en la iniciativa a estudio.

La Comisión de Juristas –y expertos- que redactó el anteproyecto de reforma de esos códigos, integrada y conducida nada menos que por los Ministros de la Corte Suprema Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, y por la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, ex miembro del Superior Tribunal mendocino, mantuvo inalterable el esquema de la responsabilidad estatal y estableció al respecto (en síntesis de los artículos 1.764 y 1.765 ajustada a la medida del presente planteo) que “…el Estado responde, objetivamente, por los daños causados en el ejercicio irregular de sus funciones…”, en tanto “…el funcionario o empleado público "es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo" y que esas responsabilidades son "concurrentes" con las del propio Estado. Previendo luego (en el artículo 1.766) la responsabilidad objetiva del Estado derivada de su actividad lícita y el alcance indemnizatorio consecuente.

Sin embargo, cuando el anteproyecto pasa al Poder Ejecutivo (PE) previa remisión al Congreso, todos esos términos fueron modificados por otros que, en los hechos, terminan diluyendo aquella responsabilidad. El nuevo texto propuesto por el PE dispone ahora que las disposiciones del Título V del Código no le son aplicables al Estado ni directa ni subsidiariamente, y que la responsabilidad del Estado así como las acciones –u omisiones- de los funcionarios y empleados públicos "se regirán por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda".

Allende el modo como llega a la consideración de esta Comisión, en sustancia lo que importa es que viene a dejar entonces librados los presupuestos y alcances de la responsabilidad estatal y la de sus agentes a normas y principios ajenos al Código, no necesariamente de fuente legal, y aún locales, si es que se dictan y no arrojan lagunas, sino aún a una eventual y futura ingeniería normativa que de seguro será menos gravosa para el Estado –*latu sensu*- y sus agentes, si se tiene en cuenta que -también por iniciativa del PE- se excluyó del anteproyecto originario la posibilidad de imponer sanciones

conminatorias pecuniarias a los funcionarios que no cumplen con una resolución judicial. O, cuanto menos, todo estará dado para que esto último ocurra.

Resulta incontrovertible que la vocación expansiva del Derecho Administrativo siempre ha redundado en beneficio de las prerrogativas estatales, y como contrapartida, en consiguiente perjuicio del ciudadano común.

La Constitución, como verdadera ley de garantías del individuo frente al poder estatal que en definitiva es, debe por tanto verse traducida y representada como tal al tiempo de plasmar en aquellas leyes inferiores dictadas en su consecuencia, precisamente aquellas que se sindica por parte de los defensores de la iniciativa como “constitucionalizando” los derechos, por lo tanto, en principios y normas tuitivas, y no en todo lo contrario.

El derecho, el fenómeno jurídico, es uno solo. Como también única es la realidad que procura contener en su universo. Es así como los principios generales y las normas básicas de convivencia se expresan fundamentalmente en el Código Civil. Y eso no es tan solo desde fecha reciente, sino que se afirma en la tradición jurídica vernácula.

La responsabilidad, las reglas y principios que la rigen (tales el acto generador del daño como éste y su extensión; el dolo, la culpa o el riesgo involucrados como factores de producción y el nexo causal que los vincula) son esencialmente propios de una ley de fondo, que como tal corresponde dictar al Congreso Nacional (art. 75 inciso 12 de la C.N.); y que debe regir uniformemente en todo el territorio de la Nación, con prescindencia del agente involucrado.

La responsabilidad del Estado y sus agentes tiene base constitucional. Responde a la forma republicana de gobierno adoptada por la Nación Argentina (art. 1º C.N.), que se consustancia con los principios de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.), inviolabilidad de la propiedad (art. 17 C.N.) y la regla de demandabilidad del Estado nacional y su condición de parte procesal sin ninguna clase de prerrogativas (art. 116 C.N.).

Sin perjuicio de los demás principios constitucionales que se expresan en el mismo sentido: respeto del derecho a la vida e integridad física, respeto a los derechos adquiridos y de propiedad; igualdad ante las cargas públicas; afianzamiento de la justicia; garantía a la libertad; deber de indemnizar en caso de expropiación.

El principio de la responsabilidad estatal es inherente al Estado de Derecho.

Tal como lo enseña el maestro Fiorini, “…toda responsabilidad reparatoria se funda sobre la ofensa a los derechos adquiridos y reconocidos” (Bartolomé A. Fiorini, “Manual de derecho administrativo”, t. 2, Bs. As, Edit. La Ley, 1968, pág. 1098).

El fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado lo proporciona, pues, la Constitución, toda vez que la actividad de alguno de sus funcionarios o agentes cause un perjuicio a un habitante de la nación, en violación a los derechos que la misma Constitución consagra y reconoce.

Y así, superada la opción medieval mantenida en la Edad Moderna debido a la consideración de la reyecía según la cual el Estado debía ser irresponsable (the king do not wrong) que no condice con el sistema republicano de gobierno propio de la Constitución Nacional, tenemos que tuvo nuestra justicia ocasión temprana de afirmar su responsabilidad en “Bates Stokes y Cía contra el Gobierno Nacional” (Fallos, 1:259) con fecha 3 de septiembre de 1864.

Como persona jurídica de existencia necesaria en el sistema del Código Civil (art. 33), y de carácter público en el régimen vigente (art. según ley 17.711), el Estado está sometido a la misma norma –el artículo 43- que aquél tiene prevista para la responsabilidad de las personas jurídicas en general.

Sentando finalmente en el caso “Devoto y Cía. contra Gobierno Nacional” (Fallos, 169:11), fallado en 1933, una línea jurisprudencial definitiva por la que, invocando las disposiciones de los arts. 1109 y 1113 del Código Civil resuelve el problema de la responsabilidad estatal aplicando disposiciones de derecho privado y de acuerdo con el sistema de responsabilidad indirecta que consagra el art. 1113 del Código Civil.

Doctrina privatista que se impone desde entonces y es la que transita la materia hasta nuestros días, más allá de la consideración que, a la luz del precedente “Barreto” del 2007 corresponda verificar en el supuesto de “falta de servicio” de aquellas normas dictadas en ejercicio del poder de Policía local, casos que de todos modos no relevan de la observancia de las reglas sentadas por el Código Civil.

En otros términos, clarificando con el simple ejemplo, frente al hecho ilícito consumado o la responsabilidad en juego, da lo mismo el siniestro provocado por un vehículo particular o por otro del Ministerio de Economía. No cambian el hecho ni la ilicitud a ponderar. De modo tal que el acento debe ser puesto en la víctima.

Intrínsecamente se trata de lo mismo, sin que pueda discriminarse el tratamiento en función del agente responsable involucrado, pues proceder de este último modo comportaría tanto como incurrir en una inconstitucionalidad flagrante al establecer un privilegio indebido.

Es en el sentido indicado como nuestro máximo Tribunal habla de “causa civil”, y en tal entendimiento es que dos de sus miembros, los Dres. Lorenzetti y Highton de Nolasco, elevaron su anteproyecto tal y como lo redactaban en el tópico.

Es difícil, sino imposible, concebir que los ministros de la Corte hayan interpretado erróneamente su propio decisorio in re “Barreto, Alberto Damián y otra v. Provincia de Buenos Aires y otro” (Fallos 329:759) cuando postularon aquellas normas luego modificadas por el P.E. a partir de una muy particular –y por cierto arbitraria- exégesis de lo que aquellos mismos decidieran y en consecuencia plasmaran en la propuesta originaria.

Sin dudas, “Barreto…” concierne tan solo al discernimiento de la competencia a la que corresponde conocer cuando se atribuya falta de servicio que “…*remita al examen de materias no regladas por disposiciones dictadas por el Congreso Nacional, sino por las autoridades locales de gobierno en ejercicio de una atribución no delegada a la Nación*”, mas no elimina los principios y reglas generales que sienta el Código Civil en la materia.

Suponer lo contrario comportaría tanto como querer volver al esquema regalista de irresponsabilidad del Estado.

Resulta inconcebible, un verdadero despropósito, que el P.E. (tal como parece haberlo pretendido hacer de tomar en serio la alocución del Dr. Alak ante la Comisión) viniese a interpretar algo distinto de aquello que previamente interpretaron y plasmaron en texto normativo aquellas mismas personas que elaboraron y dictaron el Fallo de marras (los Dres. Lorenzetti y Highton de Nolasco).

Esta reinterpretación, a partir de ese solo dato, se revela por cierto improponible.

Y comporta, en todo caso, un capricho que va en línea con el reciente decreto del Ejecutivo que limita la responsabilidad de los funcionarios públicos que actúan como directores en representación del Estado en empresas privadas en que este último tenga participación accionaria.

En otras palabras, el PE no aceptó mantener los principios que fueron receptados por el anteproyecto de la comisión de expertos, lo que significa un paso atrás en el juzgamiento de las acciones de los funcionarios públicos. Principios que, vale consignar, sí se consustancian en lo esencial con aquellas reglas propiciadas por el frustrado Proyecto de Unificación redactado por la Comisión designada por Decreto 548/95 (arts. 1.675 a 1.677).

Se pretende así expulsar del Código Civil la responsabilidad por daños causados por el Estado.

Compartimos –y por suficientemente gráfica hemos de transcribir- la observación hecha en el punto por Rodolfo Zavala de González en el tópico del siguiente modo: “…*sacar del Código Civil los daños causados por el Estado, para que queden regidos de manera exclusiva y excluyente por “normas de derecho administrativo nacional o local”, derivaría en este escenario: cada provincia e incluso cada municipalidad podría (y debería) regular su propia responsabilidad.*

Las derivaciones negativas de esta arquitectura saltan a la vista. De arranque: inflación legislativa, con las consiguientes redundancias e incoherencias (atomización normativa: la responsabilidad del Estado como una “torre de Babel”). Pero el más peligroso, claro está, es la desigualdad de trato y que se fijen restricciones contrarias al alterun non laedere. Es que el municipio más pequeño que se pueda imaginar quedaría habilitado para pergeñar arbitrios como éstos: sólo habrá resarcimiento en caso de dolo, ninguna indemnización podrá superar cinco salarios mínimos, en caso de muerte la legitimación corresponderá solamente a los hijos, el plazo de prescripción será siempre de tres meses…” (“¿La responsabilidad del Estado estará fuera del nuevo Código Civil?, Semanario Jurídico de Córdoba, Córdoba, nº 1866, julio de 2012, p. 89).

No es difícil imaginar que esa sombría premonición sucederá, si se aprueba el Proyecto de Código Civil sin las normas específicas de responsabilidad del Estado, que muchos Estados provinciales y municipales (quizá la mayoría de ellos) no dictarán normas al respecto, con lo cual habrá una laguna de la ley, con la consiguiente inseguridad jurídica.

Lo impropio de la solución proyectada se demuestra –tomando el último ejemplo- incluso por la vía del absurdo, pues prohibido el recurso a la norma Civil aún por la vía supletoria: ¿Se interpretará que en tales provincias o municipios no existe responsabilidad del Estado por daños? ¿Y tampoco responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos?

Así parece.

En efecto: debiera en tal eventualidad poder recurrirse a aplicaciones analógicas y a principios generales del derecho para integrar la laguna de la legislación. Pero hete aquí que el Proyecto establece que “las disposiciones de este título no son aplicables a la responsabilidad del Estado”, de modo que se prohíbe hacer aplicación analógica de las reglas del capítulo de responsabilidad civil del Código proyectado; quedará ya sólo acudir a los principios generales del derecho, pero como no pueden ser los principios generales del Derecho Civil, porque el Proyecto dispone que las disposiciones del Código Civil en materia de responsabilidad civil no son aplicables, ni de manera directa ni de manera subsidiaria, a la responsabilidad del Estado, de los funcionarios y de los empleados públicos (art. 1.764), tienen que ser los principios generales del Derecho Administrativo. Pero sucede que éstos no se refieren a la responsabilidad civil.

Por ello advierte Zavala de González que “…no hay manera de no apoyarse en el Código Civil. El Derecho Administrativo no se ocupa (no puede hacerlo, salvo que quiera hipertrofiarse y perder su identidad) de las cuestiones técnicas específicas, imprescindibles en cualquier problema de responsabilidad: concepto y clases de daños resarcibles, legitimación de damnificados directos e indirectos, nexo de causalidad, valoración de la culpa y del dolo, transmisión de la acción resarcitoria, prejudicialidad penal y tantos otros…” (op. cit.).

También advierte el mismo autor sobre las contradicciones entre las reglas de los mencionados arts. 1754 y 1755 y otras que están en el Proyecto o que están en leyes especiales y que han sido modificadas por el Proyecto. Así por ej. La responsabilidad por daños a consumidores y usuarios se rige por la Ley de Defensa del Consumidor (24.240 y mofificatorias) que contiene importantes normas de responsabilidad civil (entre ellos, los arts. 10 bis y 4) e incluye expresamente al proveedor que sea persona pública estatal (art. 2º, lo cual se mantiene en el Proyecto.

Corolario: si se aprobaran los cambios introducidos por el PE al proyecto de unificación de códigos, la responsabilidad civil de los funcionarios quedaría más que probablemente impune.

Un verdadero sinsentido, un comunal despropósito inocultable a la luz de hechos recientes que dan cuenta de que el ciudadano común está cada día más expuesto a la actividad estatal, entendida ésta por acción o inacción, y cuyos efectos disvaliosos no es difícil imaginar si a título de triste pero patente hipótesis, se proyecta la solución normativa al juzgamiento de las responsabilidades del accidente ferroviario en Once, en el que hubo 51 muertos y más de 700 heridos, que en el caso de los funcionarios quedarían deferidas al derecho administrativo.

Hoy, por ejemplo, un damnificado de la tragedia de Once puede accionar contra los particulares concesionarios del servicio y contra el Estado.

Ante esos actores se puede hasta hoy reclamar un resarcimiento civil por los daños sufridos. Con la modificación propuesta por el PE se desdibujarán de seguro las consecuencias de la responsabilidad civil de los funcionarios.

En suma, el propósito de sustraer al Estado y a los funcionarios públicos del régimen de responsabilidad del Código Civil con el añadido de la prohibición de la aplicación subsidiaria de las reglas del Derecho Civil para resolver los casos que la involucre, cuanto menos importa:

1.- una injusticia para las víctimas (todos los ciudadanos);
2.- consagrar la inseguridad jurídica;
3.- incurrir en contradicciones normativas;
4.- desconocer la tradición normativa y jurisprudencial en la materia,
5.- plasmar un régimen impracticable, pues resulta imposible prescindir de las normas, reglas y principios del Código Civil.

No podemos aceptar tamaño retroceso.

Reputamos inaceptable plasmar en el nuevo ordenamiento disposiciones que vendrían lisa y llanamente a frustrar los derechos de los particulares que se vieran afectados por la actividad del Estado y

que constituye una regresión no ya con relación al texto propuesto en el Anteproyecto, sino inclusive respecto del actual artículo 1.112 del Código Civil.

Por lo tanto, puesto el Congreso a analizar este aspecto medular del Proyecto de Reforma, Actualizar y Unificación de los Códigos Civil y Comercial, es decir, de la ley que rige los efectos jurídicos que se proyectan respecto de las vidas de las personas, entre otros bienes jurídicos igualmente dignos de tutela, no puede dar marcha atrás al punto de desproteger a las víctimas para garantizar, por ley, la impunidad del Estado.

Las modificaciones propuestas por el PE resultan a todas luces interesadas y capciosas.

Podrían conducir a postular que se acepte que el Estado, como persona jurídica de derecho público, nunca responde por los daños que causa, en una suerte de postulado sin dudas más emparentado con la Corona en tiempos del Antiguo Régimen que con una República del tercer milenio, y que se da de bruces –sentando un indebido privilegio- con aquella regla que de modo general consagra la responsabilidad de la persona jurídica (art. 1.763).

Suponen la absurda afirmación de que los funcionarios estatales nunca cometen errores, que los médicos de los hospitales públicos jamás podrán incurrir en mala praxis o los policías chocar con sus patrulleros provocando daños a las personas por los cuales éstas puedan reclamar un resarcimiento.

Valga la paradoja: dentro del título que el nuevo ordenamiento dedica a la “Responsabilidad Civil”, tres artículos concebidos desde el Poder Ejecutivo vienen a consagrar lo opuesto, la irresponsabilidad.

Conviene recordar lo que el maestro Linares Quintana señalaba para caracterizar a un verdadero Estado de Derecho: “…*a diferencia del Estado de Policía –inspirado en el principio de que el fin justifica los medios y dentro de cuya concepción la autoridad actúa de manera discrecional y sin ninguna barrera frente al individuo, como que todos los poderes se refunden en un poder único avasallador y que opera sin el freno de la ley – El Estado de Derecho únicamente se desenvuelve secundum legem, y en sus relaciones con los ciudadanos se somete él mismo a un régimen de derecho*…” (Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado, T. 1, Plus ultra, Bs. As, 1953, ps. 83 y ss.).

El Poder Ejecutivo hace gala, pues, de un reduccionismo que desprecia la opinión de los juristas a los que convocó. Los expertos habían avanzado en un sentido más amplio y, desde ya, más justo al establecer y consagrar las normas constitutivas del mentado régimen de derecho.

Desprecio que han quedado también en evidencia a la luz de las ponencias allegadas a la Comisión.

En la actualidad, la responsabilidad del Estado se rige por principios y normas constitucionales y convencionales de derechos humanos, con más el recurso al derecho civil en consonancias con aquellos. En consecuencia, si finalmente el Congreso sancionara la modificación introducida por el PE, todo conduce a suponer el riesgo de que quede impune o aminorada la responsabilidad civil de los funcionarios, lo que consagrará una inequidad frente a los ciudadanos no funcionarios, e impunidad.

Repárese, en ese sentido, no ya en que no queda claro como operaría el reenvío o remisión al “derecho administrativo”, sino que la responsabilidad misma quedaría atada a la existencia de tales normas, en primer lugar, y luego a su alcance. Y aún, que quedarían librados a la inexistencia, cuando no a la pluralidad anárquica y a las inequidades e injusticias, los criterios de reparación del perjuicio.

Y todo ello, cuando como contrapartida si de constitucionalizar derechos y de ajustar los mismos a los tratados internacionales derechos se trata (según lo refiere el artículo 1º de la iniciativa), lo que corresponde es salvaguardarlos de la manera más efectiva.

No es dudosa, por ende, la inconstitucionalidad de la normativa proyectada en esta materia. Lejos de la anhelada progresividad y el establecimiento reglas “*pro-hominem*”, hay marcha atrás.

En este entendimiento, reputamos nuestra obligación estar a la altura de la tarea que se nos ha encomendado y, en el caso de la responsabilidad del Estado y la de los funcionarios del Estado, corresponde rechazar de plano la posición del P.E. que, tal como ha quedado redactada, parece orientada a consagrar la inmunidad Estatal, a proteger a los funcionarios públicos y a enjuagar sus responsabilidades en perjuicio del resto de los ciudadanos.

Así, en tanto la solución que postula el Proyecto comporta no ya una pésima lectura del precedente en que dice haberse basado, sino una lisa y llana aberración que trastoca las bases y fundamentos mismos de la responsabilidad republicana dentro de un sistema jurídico que pretende inscribirse en un Estado Social de Derecho.

Conviene recordar al padre de nuestra Constitución, Juan Bautista Alberdi, cuando desde su pensamiento lúcido y pluma inspirada como legado a seguir expresaba:

“…*La Constitución debe dar garantías de que sus leyes orgánicas no serán excepciones derogatorias de los grandes principios consagrados por ella, como se ha visto más de una vez. Es preciso que el derecho administrativo no sea un medio falaz de eliminar y escamotear las libertades y garantías constitucionales*…”.

Nunca tan actual y vigente.

No retrocedamos, por lo tanto, doscientos años al mismo tiempo que proclamamos estar sancionando un código que constitucionaliza derechos y regirá para el siglo próximo.

Tópico que reviste la mayor gravedad si consideramos que en la víspera las Comisiones de Asuntos Constitucionales y Legislación General emitieron dictamen favorable al proyecto del Poder Ejecutivo por el que por una normativa especial particularmente restrictiva se pretende regular una materia sustraída del cuerpo del Proyecto de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial.

11.- CAMINOS PELIGROSAMENTE ABIERTOS AL FRAUDE LABORAL.

A.- INCONVENIENCIA DE INSTITUCIONALIZAR LA SOCIEDAD UNIPERSONAL. EVENTUAL PROPUESTA ADICIONAL ALTERNATIVA PARA SUPERAR CONFLICTOS LABORALES Y SOCIALES.

El Proyecto ha introducido modificaciones en la L.S.C. 19.550 en el Anexo II, 2.1, modificando entre otros, su artículo 1° que reza:

Artículo 1° de la ley 19.550: *“Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.*

La sociedad unipersonal sólo se podrá constituir como sociedad anónima.

La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal.”

Convengamos que la institucionalización de la dada en denominar “sociedad consigo mismo”, amén de la ausente tradición con que cuenta en nuestro medio, abriga por cierto el riesgo de producción de situaciones abusiva, y aún antisociales, propias de la aptitud para constituir un patrimonio de afectación como límite del deber de responder, de cara a las consecuencias dañosas derivadas de la conducta propia.

De hecho, advertimos cómo la iniciativa de reforma de los Códigos Civil y Comercial, en relación con las normas instituyentes de la sociedad unipersonal en la consideración estricta del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, incorpora limitaciones de la responsabilidad del empleador que operarán en relación con los trabajadores que se desempeñaren bajo su relación de dependencia, estableciéndose de tal modo una vía útil para burlar las normas de orden público laboral y de la seguridad social.

Esta nueva figura constituye sin dudas una modificación radical del concepto y significado que tenía hasta el momento la sociedad como sujeto de derecho, ya que nos resulta un sacrilegio conceptual

pensar la idea de una sociedad de un solo socio, y ver allí además a dos sujetos de derecho distintos.

La tradicional fundamentación organicista del carácter de sujeto de derecho de las personas jurídicas, radicaba en la nueva realidad que surgía de la integración de varias personas físicas, de la cual resultaba una voluntad social distinta de las voluntades individuales que la conformaban.

Ahora, con el proyecto de sociedad unipersonal, voluntad social y voluntad del socio, es la misma.

Por otro lado, entre las principales justificaciones de la limitación de responsabilidad de las sociedades, se encontraba la necesidad de posibilitar grandes inversiones por medio del aporte de muchos individuos, que al mismo tiempo no vean comprometidos sus patrimonios personales por las deudas de la sociedad que ellos conformaban.

Pero con este proyecto, el socio que aporta el capital es uno solo, y sin embargo, puede limitar su responsabilidad a lo aportado en la sociedad que solo él integra, tratándose de casos en que el objeto societario pudo ser perfectamente concretado por un empresario individual, que asuma toda la responsabilidad por su propia actividad.

Nos hacemos eco, entonces, de la seria advertencia puesta de manifiesto por la “Asociación de Abogados Laboralistas de la Ciudad de Buenos Aires en el sentido de que es evidente de esta manera que el proyecto trastoca los cimientos mismos del concepto de sociedad comercial y del principio de responsabilidad limitada, pasando a ser la esencia de los mismos sólo la idea de una patrimonio diferenciado y de una responsabilidad limitada a ese patrimonio. La voluntad societaria como resultante de una pluralidad de voluntades expresada a través de los distintos órganos societarios, y el patrimonio societario como el resultado del aporte de varios inversores cuyo capital individual resultaba obsoleto para concretar la actividad común, quedan ahora descartados como principios inamovibles de la realidad societaria. Sólo la existencia de un patrimonio societario diferenciado del resto del patrimonio del socio, pasa a ser la esencia de la sociedad como sujeto de derecho, aún cuando ese patrimonio societario siga sometido enteramente a la voluntad del mismo socio que aportó el capital societario.

En cuanto a la responsabilidad limitada, su justificación se encuentra sólo en la exclusiva necesidad del socio de limitar su riesgo empresario al capital social aportado, aún cuando haya sido el único conformador de ese capital social, y que el patrimonio social siga sometido a su entera voluntad expresada ahora a través de órganos societarios que sólo él integra. La idea misma de la responsabilidad jurídica por los actos propios, queda totalmente burlada con el proyecto, diferenciando ficticiamente entre una actuación societaria y una extra-societaria, realizada por la misma persona física.

En función de tales consideraciones, puede compartirse la severa crítica de esa prestigiosa asociación cuando postula que la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada resulta un freno a la efectiva concreción de los derechos de los trabajadores.

En efecto, tal y como lo asevera, la circunstancia de que sólo el patrimonio afectado a la sociedad deba responder por los créditos laborales, y que el patrimonio personal del socio único quede librado de esa responsabilidad, constituye una clara reducción de la garantía común de los trabajadores, teniendo en cuenta que en la actual legislación el empleador unipersonal responde con todo su patrimonio.

Al empleador unipersonal que conforme esta nueva figura societaria, le bastará con pasar bienes a su patrimonio personal, para de esta forma eludir su responsabilidad laboral frente a sus trabajadores. Responsabilidad laboral, insistimos, que queda con el proyecto totalmente burlada, puesto que los actos de una misma persona física traerán consecuencias diversas para los trabajadores, siendo que los mismos hayan sido realizados o no dentro de la forma societaria. Si el empleador unipersonal no utiliza la forma societaria, su actuación como empleador comprometerá todo su patrimonio; si utiliza en cambio la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, esos mismos actos sólo comprometerán el patrimonio societario, dejando libre su patrimonio personal.

La consabida diferencia negocial de las partes en lo que al contrato de trabajo respecta, le impide al trabajador, como lo puede hacer otro tipo de contratantes, optar por no aceptar una relación que le otorga empleo en épocas de escasez del mismo.

El poder con que cuenta el principal, (persona física y sociedad al mismo tiempo a la que controla), en ejercicio de las facultados de dirección de la empresa y disciplinarias, solo puede en el sinalagma laboral ser compensado con la responsabilidad ilimitada, de quien en función del principio de primacía de la realidad será quien ejerza la condición patronal.

Corresponde por lo tanto desestimar la incorporación del instituto al código en análisis.

Por otra parte, la existencia misma de una sociedad unipersonal es por lo demás un absurdo, que encubre el propósito de permitir que se constituyan patrimonios de afectación que liberen de obligaciones a los instituyentes del mismo.

Si esto puede tener algún sentido en cuanto a las actividades no lucrativas, no sin los recaudos que correspondan, en cuanto esos mismos patrimonios de afectación puedan causar daños pese al espíritu de que los anima, en cuanto a las relaciones que ellos tengan con la apropiación del trabajo humano, no pueden servir para desactivar la plena efectividad de la legislación social, para con quienes con ella construyen su poder económico.

No corresponde dar cabida e incorporar un instituto sin tradición en el medio que, por otra parte despierta de antemano la sospecha de que se convertirá en una herramienta para defraudar los legítimos derechos e intereses de terceros.

B.- FORMULAS ARTIFICIOSAS DE SOSPECHOSOS FINES E IMPREVISIBLES CONCECUENCIAS.

Conforme la redacción que presenta el Proyecto, se procede a la creación en los artículos 1442/1478 de distintas modalidades aglutinadas bajo el rótulo común de contratos asociativos.

Esa inserción traería cómo resultado negativo una evidente disminución en la responsabilidad de quienes los celebren, en particular perjuicio de los trabajadores.

La merma en la responsabilidad que se verificaría en los negocios en participación, agrupaciones de colaboración, Uniones Transitorias y Consorcios de Cooperación, no resulta un tema menor, ya que se generan nuevas puertas de entrada a las maniobras fraudulentas. Tiene nuestro país una vasta historia jurisprudencial en el fuero laboral.

Las sociedades fantasmas han sido objeto de numerosos reclamos en virtud de la modalidad que emplean según sus intereses. Esta modalidad señalada, de aparecer y desaparecer, que distinguen a este tipo de sociedades, se ve claramente potenciada por la desobligación que trae establecida el Proyecto.

Potenciado todo ello por el hecho de permitir que las “partes” integrantes de tales agrupaciones, uniones y consorcios puedan ser personas físicas, reforzando el temor de que se configuren situaciones de abuso o fraude que vengan a servir de velo para ocultar relaciones de distinta naturaleza.

C.- PELIGROSA FLEXIBILIZACIÓN DEL CONCEPTO DE “REMUNERACIÓN”.

El proyecto peligrosamente flexibiliza el concepto de remuneración, propia y esencial del contrato y de la relación de trabajo (al punto que “DE LA REMUNERACION DEL TRABAJADOR” reza el Título IV de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744), dejando de ser de ese modo en forma exclusiva la contraprestación propia del trabajador por haber puesto su fuerza de trabaja a disposición del empleador (art. 14 bis CN, Convenio Nº 95 OIT, y art. 103 LCT).

Ahora hay prestaciones extrañas y ajenas a la égida laboral que vienen a denominarse también remuneración, pero que no son consecuencia –vale el énfasis- de un contrato de trabajo.

El temperamento adoptado en la iniciativo se opone al criterio de la CSJN en fallos “Pérez c/ Disco SA” y “González c/ Polimat SA”, para los cuales el concepto de remuneración del Convenio Nº 95 es rígido y no puede ser modificado legislativamente.

Lamentablemente, al aparecer en contratos que no son laborales se modifica indirectamente el concepto de remuneración, desnaturalizándoselo con riesgo el trabajo y el trabajador dependientes.

Esta precarización del concepto genera serias consecuencias, pues una característica del contrato de trabajo que es el cobro de una “remuneración”, deja de ser una calidad de lo laboral para generalizarse para múltiples contratos no laborales.

Por tanto, percibir una remuneración deja de ser una de las premisas del contrato laboral, y por tanto, permite interpretaciones y futuros contratos que podrán invocarse como no laborales en base a este diluido concepto. Es una forma clara de precarizar aún más el contrato de trabajo mediante figuras no laborales e incorporando conceptos propios de nuestra materia a temas que se presentan como ajenos.

IV. EN CONCLUSIÓN.

Somos conscientes de la envergadura, la importancia y el valor de la nueva empresa codificadora, quizás más propia de una concepción jurídica racionalizadora decimonónica que de la complejidad, especialidad y dispersión impuestas desde la segunda mitad del siglo XX y en lo va del nuevo milenio, y por eso queremos estar a la altura del desafío que supone.

De hecho, ha venido operando en este último ciclo un proceso inverso, por el que ha perdido terreno la idea de centralidad de los Códigos, y éstos han venido cediendo lugar, tanto perdiendo contenido frente a las nuevas leyes que venían a modificar o reemplazar sus normas, como a dotar al sistema jurídico de una singular o especial reglamentación, en uno u otro caso operando por fuera del mismo.

Entendemos que la tarea codificadora –en el caso, junto con la unificadora- no debe ceñirse a la mera acción tendiente a evitar –o aún detener, según parece más apropiado a esta altura de los acontecimientos- la dispersión normativa, sino trascender a la más eminente de establecer los medios y cimientos mismos del Estado en cuanto atañe a la definición y organización de los aspectos cotidianos de la vida del individuo, vía simplificación del fenómeno jurídico.

Es esencial asumir que el texto plasmado en el nuevo Código Civil y Comercial debe redundar en mejores condiciones de vida para la población en general, para las personas y grupos intermedios (familias, asociaciones, etc.), en más y mayores beneficios para todos

ellos en consonancia con una calidad institucional que les brinde el marco de aseguramiento, protección y garantía adecuados.

No podemos aspirar a otra cosa cuando postulamos que el misma vehiculiza la “constitucionalización” del derecho privado.

Pero sinceramente, las normas proyectadas no avanzan en este último sentido, sino todo lo contrario.

En función de tales consideraciones y atentas las suficientes y fundadas razones expuestas a lo largo del presente es que, se aconseja el rechazo del presente proyecto de ley.

Graciela Camaño