

## DECLARACIÓN DEL IDEL SOBRE LAS MODIFICACIONES EFECTUADAS POR EL PEN Y POR LA COMISIÓN BICAMERAL AL PROYECTO DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y FINALMENTE LO APROBADO POR EL SENADO EN EL DÍA 29/11/13

### I.- OBSERVACIONES GENERALES:

#### 1.- **Trascendencia de la reforma. Ausencia de un debate participativo que le confiera necesaria legitimidad:**

Si bien resulta plausible la iniciativa de la actualización de la codificación argentina luego de un siglo y medio de vigencia, la modalidad utilizada en la ocasión resulta altamente cuestionable por la trascendencia de ello y es sabido que el fin no justifica los medios.

Los Códigos (y sobremanera uno unificado) en un orden jurídico basado en un sistema de derecho escrito, como el nuestro, constituyen la columna vertebral de la organización social. Una empresa de esa magnitud debe contar con los necesarios consensos públicos que le confieran **legitimidad popular** por encima de mayorías políticas circunstanciales.

Es que en el sistema jurídico del derecho escrito o derecho civil basado en el derecho romano germánico, los códigos constituyen la **base programática** que ha de regir la vida y el desarrollo de las personas físicas y jurídicas desde su nacimiento hasta su muerte marcando las condiciones de vida e interacción en sociedad; los bienes; los hechos y actos jurídicos; la formación de la familia; los derechos personales; las obligaciones; los contratos; los derechos reales; la transmisión de los derechos por causa de muerte, etc, de todas las personas como integrantes de una comunidad social organizada. Además con la unificación del Código de Comercio se añade también la actuación de las personas físicas y jurídicas en ese ámbito.

Luego de la organización constitucional, los códigos reguladores del derecho de fondo o común constituyen el segundo orden normativo de importancia en la vida de los países que han adoptado ese sistema jurídico. A diferencia de otros que pertenecen a culturas jurídicas distintas como el *common law* anglo norteamericano, los códigos en el primer sistema -en el que se enrola el nuestro- tienen una particular relevancia en cuanto han de regir la vida de las personas trazando un camino a recorrer como una verdadera carta programática social elaborada mirando hacia el futuro sobre la base de los objetivos de interés general y bien común queridos por la comunidad toda y plasmados en ese cuerpo normativo.

En el sistema del *common law* en cambio, el derecho se elabora fundamentalmente en base a la praxis y la experiencia de vida recorrida con anterioridad, mirando hacia atrás sea en las costumbres o en los precedentes judiciales, esto es en lo caminado y resuelto.

Por ello, toda modificación de los Códigos en un sistema como el nuestro y más aún cuando se trata de una modificación integral y unificadora del derecho privado requiere redefinir previamente qué modelo de país y qué tipo de vida se quiere para todos sus habitantes, para lo cual se precisa la necesaria e imprescindible participación y consulta popular.

Y una tarea de semejante envergadura y trascendencia para la vida de todos los habitantes necesita un tiempo suficiente de análisis, estudio, elaboración y maduración, conformando lo que se ha dado en llamar como un largo proceso de **"recíproca ilustración"** de forma tal de lograr su compatibilización con el verdadero interés general (LOPEZ DE ZAVALIA), interés que no siempre se amalgama con el de los ocasionales o circunstanciales sectores políticos gobernantes. Tiempo que en un emprendimiento de esta envergadura no se puede medir en días ni en meses, sino en no pocos **años** de profundo estudio y serio análisis interactivo y participativo, sobre las bases técnicas elaboradas por los académicos y especialistas pero receptando la opinión de todas las personas y sectores interesados, en una verdadera consulta popular que en este caso lamentablemente no se ha hecho.

Ese proceso que va tejiendo el contenido de este cuerpo fundamental a través de sólidos consensos no puede reemplazarse pretendiendo aceptar la opinión de la comunidad mediante el mecanismo de audiencias públicas realizadas por la Comisión Bicameral en el país buscando, porque lo cierto es que dichos consensos no se han logrado.

El Código Civil no es una ley cualquiera sino el acuerdo o pacto escrito consensuado de una comunidad para regir todos los aspectos relacionados de la vida, desenvolvimiento y muerte de todas las personas a él sometidas y sólo será válido si los destinatarios han participado en su elaboración con el consenso necesario en los grandes temas, puesto que solamente de ese modo puede asegurarse la necesaria legitimidad que lleve a un compromiso social de su cumplimiento.

Desentendiéndose de esos postulados básicos para arribar a la redacción final del texto que recibiera media sanción, se partió del anteproyecto realizado por la Comisión creada a tal efecto por el Decreto 191/2011, integrada por dos miembros de la CSJN su presidente Dr. Ricardo Lorenzetti, su vicepresidente Dra. Elena Highton de Nolasco y la jurista y ex miembro de la CSJ Mendocina Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, que requiriera la colaboración de un centenar de calificados juristas.

Sobre ese anteproyecto en cuya elaboración esa comisión especial y sus distinguidos colaboradores trabajaron en absoluta hermeticidad e impermeabilidad hasta tenerlo finalizado, el Poder Ejecutivo introdujo diversas y sustanciales reformas inspiradas ideas disímiles que alteraron en buena parte su esencia y conformación estructural sin posibilidad de réplica por parte de ésta, ni menos aún participación de la comunidad, elevándolo como Proyecto de Ley por mensaje 884 del 7 de junio de 2012. Al respecto no puede dejar de señalarse también en lo instrumental que los arts. 9/11 de dicho Proyecto de Ley que fuera elevado por el PE estableciendo cláusulas transitorias para el trámite preliminar, resultan de dudosa constitucionalidad en tanto se introducen en cuestiones que integran la zona de reserva del Congreso Nacional respecto del procedimiento para la aprobación de las leyes (art. 67 CN) creando la citada comisión bicameral con el objetivo antes expuesto confiriéndole facultades que parecieran exorbitar el marco constitucional.

El Proyecto arribó en un solo Código a 2.671 artículos. Valga recordar que el Código Civil vigente cuenta con 4051 artículos y el Comercial que originariamente fue de 1586 artículos luego fue reducido a 1378 al derogarse el libro cuarto "De los Concursos". Por otra parte, se advierte que el anteproyecto al no contener notas ni hacer referencia alguna respecto de las fuentes tomadas en consideración, salvo los genéricos fundamentos con los que la Comisión de Juristas lo ha acompañado, aparece como producto de la expresión meramente dogmática y subjetiva de sus redactores que dificulta tremendamente la labor de comprensión y entendimiento.

El mismo mensaje de elevación dispuso la creación en el ámbito del HCN de una segunda comisión, esta vez "bicameral" compuesta por lo menos por 12 miembros, 6 senadores y 6 diputados que se conformaría en el plazo de 30 días, según lo dispuesto por el mismo mensaje de elevación, con el objetivo de analizar el proyecto de ley de aprobación correspondiente y de los demás documentos que acompañan la iniciativa e "interactuar" con los miembros de la Comisión redactora creada por el Decreto 191/11 (art. 9) elaborando un "despacho previo al tratamiento legislativo" dentro del término de 90 días de su conformación, vencido el cual el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación quedaría en situación de ser tratado en el plenario, aun sin despacho de la Comisión.

Lo cierto es que la necesaria faz de amplio y participativo debate quedó sustituida por un mecanismo de audiencias públicas que una vez constituida y designadas sus autoridades fueran convocadas por la citada comisión bicameral, la cual se llevara a cabo el 23 de agosto de 2012 en el Senado Nacional, luego repetidas en el interior del país que pretendieron consensos que no se lograron, en tanto se confirió a los expositores un brevísimo plazo para realizar sus observaciones al proyecto, sin que nunca se abriera un amplio y participativo debate con los representantes de todas las esferas académicas, abogadiles y de la comunidad en general, en torno a tan importante iniciativa.

#### 2.- **Apresuramiento:**

Finalmente, luego de un *impasse* durante el cual el tratamiento del proyecto quedó suspendido, la Comisión Bicameral se puso nuevamente en marcha acelerando los tiempos. Los legisladores oficialistas presentaron un veloz primer dictamen el día 14 de noviembre de 2003 confiando un exiguo plazo de cinco días (hasta el 19 de noviembre) para que los demás legisladores presentasen los suyos.

Fue así que el día 20 de ese mes se presentó el dictamen de la Comisión según texto y voluntad de la mayoría oficialista introduciendo más de 160 reformas al proyecto elevado por el Poder Ejecutivo algunas de ellas en temas importantísimos y sustanciales implicando una verdadera contrarreforma en cuya gestación tampoco participó la comunidad y menos aún los sectores académicos y profesionales abogadiles interesados, que han aparecido en toda esta gestación como meros observadores sin protagonismo.

Finalmente el paso por el Senado de la Nación fue también tan rápido como fugaz. Si bien el proyecto se aprobó con total obediencia (39 votos afirmativos y uno negativo), de los debates parlamentarios se advierte la ausencia de consenso en temas centrales. Y solamente tuvo una sola modificación más que trasnochada no sólo por la hora -4:20 del jueves 28 de noviembre- sino por su total apartamiento de la jurisprudencia vigente y reiterada de la CSJN sino además por su inconstitucionalidad. Se trata de las modificaciones a los arts. 2532 y 2560 a los que nos referiremos oportunamente en el presente *ut infra*.

Si bien como se dijo una reforma y actualización de los Códigos de derecho privado resulta bienvenida para su adecuación a la realidad actual habida cuenta los cambios operados en la sociedad luego de un siglo y medio de vigencia, la abogacía argentina no puede mantener complaciente silencio ni dejar de observar el innecesario, notorio e inconveniente apresuramiento para la aprobación del proyecto expreso de Código Civil y Comercial de la Nación unificado, haciendo uso de la sola razón que le confieren circunstanciales mayorías parlamentarias. Sin perjuicio de la elevada jerarquía profesional y académica del centenar de profesionales elegidos para participar en la elaboración del anteproyecto, resulta evidente que tanto el brevísimo e inicial plazo de 90 días que se fijó a esa Comisión Bicameral desde su conformación para expedir un “despacho previo” al tratamiento legislativo del proyecto enviado por el Poder Ejecutivo, dentro del cual se ha previsto la convocatoria a audiencia pública, como así también el escaso tiempo fijado a los interesados para la formulación de observaciones en el marco de la misma y posteriormente a los integrantes de la Comisión Bicameral de la minoría para hacer saber sus fundamentos, resultan manifiestamente insuficientes en función de la complejidad, entidad y trascendencia de la materia.

Como muestra elocuente de ese apresuramiento valga recordar y citar como ejemplo que actualmente Francia y España tienen en estudio proyectos de reforma parcial de sus Códigos Civiles en materia de obligaciones, prescripciones y contratos iniciadas en los años 2005 y 2009 respectivamente que aún siguen en estudio y análisis con amplia participación pública. Apresuramiento que se agrava frente a la reforma integral del Código como la que ahora se intenta por primera vez luego de 150 años de vigencia a diferencia de la encarada en 1968 por ley 17.811 de carácter parcial.

Por su parte, los antecedentes de reformas integrales semejantes de Códigos del Derecho Privado como el italiano de 1942 y el portugués de 1966 indican que estos siempre han insumido un tiempo razonable y considerable de estudio y amplios debates participativos a lo largo de más de 10 años.

### **3.- Discordancia entre los objetivos pretendidos y la regulación proyectada:**

Se advierte también una notoria y preocupante disparidad entre los objetivos pretendidos por la reforma (indicados tanto en la nota de presentación del proyecto por parte del presidente de la Comisión como en sus fundamentos), y la realidad que surge de la letra del texto proyectado.

Esto ya fue advertido previamente por FACA ante el Senado en oportunidad de analizarse el texto de las modificaciones del PEN y luego de ello se agudizaron con el dictamen de la comisión bicameral. En esa oportunidad se alertó sobre la falta de correspondencia entre el espíritu del proyecto de la Comisión de Juristas y su texto.

En tal sentido, existe una evidente discordancia entre la configuración de los **grandes paradigmas** del derecho privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento que el proyecto se ha propuesto como proposición metodológica, expresados en los fundamentos, con lo que se surge en realidad de la redacción del proyecto (ap. I “Aspectos valorativos” de la nota del presidente de la Comisión Dec. 191/11 de presentación del proyecto).

Entre ellos cabe señalar a título ejemplificativo, el paradigma de la **constitucionalización** del derecho privado que dice tomar el Proyecto como consecuencia de los tratados de derechos humanos, lo cual implica una coherencia del sistema de derecho privado con el de derechos humanos y la adopción de normas de orden público en áreas relevantes, pero a lo largo del articulado ello no siempre pareciera respetarse, sobremanera en institutos en los que, como el contrato de arbitraje o el fideicomiso en garantía, se encontrarán directamente afectadas y comprometidas las garantías del debido proceso (ap. III de la nota del presidente de la Comisión cit.; ap. I aspectos valorativos y ap. II Método. 1.4. El Código y las Normas); el **paradigma colectivo** que pone el acento en las relaciones grupales y en los bienes colectivos (ap. IV de la nota del presidente de la Comisión cit.; ap I) de los Fundamentos, aspectos valorativos) tampoco se respeta luego, siendo que en los institutos antes indicados prevalece la autonomía de la voluntad y el individualismo en niveles nunca alcanzados; la adopción de los **principios de sociabilidad** mediante un orden público de coordinación que pretende poner un control al ejercicio ilimitado de los derechos individuales que conduce a una desarticulación de la sociedad (ap. VII de la nota del presidente de la Comisión cit.; ap I de los Fundamentos, aspectos valorativos) y la promoción de la **seguridad jurídica** en la actividad económica en numerosos campos (ap. XII de la nota del presidente de la Comisión cit.; ap. I de los Fundamentos, aspectos valorativos), mientras que a la par se han limitado las normas imperativas y de orden público poniendo límites a las contrataciones en resguardo del interés general.

También, y fundamentalmente, el pretendido **paradigma protectorio**, que bajo el fundamento constitucional de la igualdad real **pretende la tutela de los más débiles**, dejando de lado la igualdad abstracta de los textos vigentes para llegar a una igualdad concreta mediante una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables (ap. VIII de la nota del presidente de la Comisión cit.); pese haber sido tenido como “paradigma” en los hechos, se han limitado las facultades de intervención del Estado a través de la justicia para el necesario mantenimiento de los equilibrios desde el nacimiento, desarrollo y finalización de las relaciones contractuales.

### **4.- Choque y confusión de objetivos:**

Se ha advertido desde el inicio una notoria diferencia de tendencias y orientaciones entre el anteproyecto elaborado por la Comisión de Juristas creada por el Decreto 191/ 2.011 que parte del principio o *paradigma* (como le gusta llamarlo) de una **casí irrestricta autonomía de la voluntad y libertad individual** tanto en los derechos personales como patrimoniales en desmedro de las facultades estatales, respecto de las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo y en el dictamen de la Comisión Bicameral unidas por un mismo hilo conductor de conferir una **mayor intervención estatal** en la regulación de las relaciones familiares rompiendo esa necesaria coherencia.

En efecto, la postura de la Comisión Redactora refleja claramente en lo patrimonial la adopción de una inédita orientación neoliberal que tuviera acogida mundial en la década de los años 90 demostrando una priorización del ejercicio ilimitado de los derechos individuales según la autonomía de la voluntad y los dictados de los mercados, con un parejo desplazamiento del poder reglamentario del Estado en procura del bienestar general, que aleja al proyecto de la necesaria objetivación social en varios de los nuevos institutos incorporados, muchos de los cuales reconocen su origen en la cultura y sistema de *common law*.

Ello marcó una notoria ampliación de la libertad de contratación entre las partes -no siempre en igualdad de condiciones- para acordar y decidir sin límites legales previos por la ausencia de las regulaciones estatales efectivas y controles de actividad eficientes con relación a algunos nuevos “productos financieros” y experimentos contractuales basados en la confianza y buena fe, esperable pero no siempre existente, que sin perjuicio de su inicial interés individual tenían directa trascendencia y repercusión en el bienestar general, desembocando

en la crisis inicialmente financiera del año 2007 convertida luego en crisis económica internacional de 2008 que aun mantiene en vilo al mundo entero.

En ese período la *lex mercatoria* generada en los usos y costumbres mercantiles internacionales pasó a tener preponderancia o decisiva influencia sobre las facultades legislativas propias de la soberanía de los Estados.

Esos cambios de ideas trajeron como consecuencia la importación e inserción en nuestro sistema jurídico, de institutos propios del *common law*, fundamentalmente en materia financiera y contractual, mediante la introducción de figuras ajenas a nuestro sistema y aún a nuestra propia cultura, que pretenden una limitación de las responsabilidades patrimoniales de los contratantes, fundamentalmente emprendedores y empresarios que se receptan en el proyecto tal como -al solo título ejemplificativo- el fideicomiso y en especial el de garantía, el leasing, las sociedades unipersonales, las garantías autoliquidables, etc. Al extremo de consagrar el manejo exclusivamente privado y según los dictados de la autonomía de la voluntad de la justicia, como lo expresa un nuevo contrato de justicia, bajo el rótulo de un "contrato típico de arbitraje". Todos los cuales encuentran una permisiva regulación en el proyecto, demostrando una preeminencia del individualismo más extremo por encima de lo social, dejando al proyecto, al menos en algunos institutos como estos, a destiempo, resultando tanto anacrónico como inadecuado a las necesidades de realidad social actual inmersa aun en esa crisis económica global.

Desde la vereda opuesta, las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo al anteproyecto de esa Comisión como en el dictamen de la Comisión Bicameral creada por el mensaje N° 884 del 7 de junio de 2012 aparecen orientadas por una mayor intervención regulatoria del Estado no solo en protección del interés general sino también de sus propios intereses frente a los derechos de los particulares.

Valga como ejemplo paradigmático de lo anterior **dos ejemplos**.

Uno consistente en la inesperada traslación de la responsabilidad del Estado de la órbita civil a la administrativa, esto es, partiendo de una orientación contraria basada en un mayor y desequilibrante intervencionismo Estatal con la pretensión de desconocer o al menos reducir a su mínima expresión su actual responsabilidad civil por daños causados a terceros tanto en su actividad lícita como ilícita que se considera excesiva. Responsabilidad que fuera expresamente reconocida por la jurisprudencia de la CSJN elaborada desde el año 1933 (caso "*Devoto*") y reiterada entre otros precedentes como el caso "*Barreto*" de 2007 al admitir sobre la base de la aplicación de los arts. 1109 y 1113 del Código Civil la responsabilidad civil aquiliana del Estado proveniente de daños causados por sus empleados y funcionarios.

Cabe señalar que países vecinos que marchaban detrás del nuestro en desarrollo y que han registrado notorios avances en los últimos años como Perú, parten de supuestos absolutamente contrarios al consagrar no solo la plena responsabilidad del Estado sino también la procedencia de la vía arbitral de las cuestiones contencioso administrativas, para evitar la asunción del rol de juez y parte (Decreto Legislativo 2071/2008).

Otro de los ejemplos de auto contradicción en las diferentes tendencias que han guiado al proyecto de la Comisión frente a las reformas introducidas por el Poder Ejecutivo y por la Comisión Bicameral, se advierte claramente en materia de arbitraje.

Pretendiendo considerar a este viejo y venerable instituto procesal y jurisdiccional -creemos que con notorio error de apreciación y sin antecedentes normativos- como un simple contrato sujeto a la exclusiva autonomía de la voluntad de las partes y regulable por ende en un Código de Fondo, la Comisión redactora en forma inédita coloca al arbitraje como un contrato típico (Libro Tercero. "Derechos personales" Seg. 2da. "Contratos en particular", Capítulo 29 "Contrato de Arbitraje", arts. 1649/1665) en criterio que ha sido receptado por el Poder Ejecutivo, la Comisión Bicameral y finalmente en la aprobación senatorial.

El dictamen de la Comisión Bicameral colocándose en las antipodas, establece por el contrario que tanto las medidas cautelares que dicten los árbitros como el laudo o sentencia arbitral, pueden ser impugnadas y revisadas judicialmente cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables (las primeras) o resulten contrarias al ordenamiento jurídico (las segundas), pretendiendo establecer un amplio control del Estado (a través de la justicia) sobre los laudos arbitrales. Todo lo cual desnaturaliza y se contradice con la función y esencia del arbitraje, que precisamente nace por la decisión de las partes que acuerdan optar por esa vía para resolver sus conflictos en todas sus instancias, sacándolos de la órbita de la jurisdicción judicial.

De tal forma en esos dos temas a los que se ha hecho referencia tan solo ejemplificativamente el proyecto con las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo y posteriormente en el dictamen de la Comisión del 20 de noviembre y aprobadas en la media sanción del Senado del 28 de noviembre, se marcha a notorio contrapelo de esas modernas corrientes mundiales en la materia.

En el primero en tanto esas tendencias actuales colocan al Estado en un pie de igualdad que los particulares en cuanto a sus responsabilidades y las de sus funcionarios evitando los avances del primero sobre los derechos y garantías de los segundos y que no responden a la buena fe que se espera del Estado, más aun en cuanto pudieran implicar la neutralización o mitigación de la responsabilidad de los actuales funcionarios públicos.

En el arbitraje, al establecer la plena autonomía e independencia de la jurisdicción arbitral libremente pactada por las partes. respecto de la judicial impidiendo el control revisor del Estado (Poder Judicial) respecto de sus pronunciamientos, salvo causales excepcionales de anulación taxativamente determinadas por el derecho internacional privado (Convención de Nueva York de 1958 y Ley Modelo de las Naciones Unidas de 1985 ) entre otras regulaciones.

## **II.-ALGUNAS OBSERVACIONES EN PARTICULAR:**

Sin perjuicio de lo antes expuesto y sin pretender agotar en el escaso tiempo con que se ha contado desde que se conociera el dictamen de la Comisión Bicameral el cúmulo de observaciones que suscita el proyecto, del análisis en particular de su articulado se destacan en forma ejemplificativa y sin descartar otras que seguramente surgirán de una investigación más profunda, las siguientes:

### **1.- Fuentes. Aplicación e interpretación del derecho.**

Consideramos que resulta más adecuado a nuestro sistema jurídico mantener la expresión "relaciones y situaciones jurídicas" que utiliza el actual art. 3 del Código, en lugar de la de "casos" o "asuntos" como lo expresan los arts.1 y 3 -respectivamente- del proyecto, habida cuenta que un código rige para todas esas relaciones y situaciones jurídicas complementando o limitando la autonomía de la voluntad cuando media el silencio de los particulares o una disposición de orden público. La referencia a las expresiones "casos" o "asuntos", como así también a la jurisprudencia como fuente del derecho pareciera obedecer más a un sistema jurídico del *common law* que uno del derecho escrito o derecho civil, como el nuestro.

Por su parte, resulta observable también la modificación -no menor-efectuada por la Comisión Bicameral al art. 1 puesto que si bien la supresión de "*la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso*" como fuente del derecho resulta ser de buen recibo y adecuada al sistema del derecho escrito, lo cierto es que su sustitución por "*la finalidad de la norma*" implica enrolarse en forma expresa con el criterio de la interpretación teleológica o de finalidad de la norma dando prioridad a la voluntad del legislador por encima de la interpretación jurisprudencial. Además parece dejar de lado todos los métodos de interpretación en derecho por ejemplo el primero de ellos que es la interpretación gramatical, y se mantiene a la voluntad de las partes la posibilidad de incorporar los usos y costumbres como fuente generadora de derechos, con lo que bastará una simple cláusula del contrato para sustituir el Derecho legislado por el Derecho consuetudinario.

Finalmente resulta objetable la redacción del art. 3 en tanto solo exige en forma genérica la presencia de una decisión "*razonablemente fundada*" para la resolución de los asuntos por los Jueces, pero sin indicar sobre qué bases deberá estructurarse dicha fundamentación, confiriéndose una excesiva facultad a los jueces que podría implicar la discrecionalidad judicial. Resultará conveniente para evitar esa

consecuencia respetar en la redacción los principios constitucionales de legalidad y de jerarquía normativa consagrados por los arts. 19 y 31 de la Constitución Nacional.

Asimismo, resulta objetable la expresión “principios y valores jurídicos” que utiliza el art. 2 al fijar los límites de la interpretación de la ley, en sustitución de “los principios generales del derecho” que utiliza el art.16 del Código Civil y que encuentra una más precisa y adecuada definición conceptual en el campo del derecho.

## **2.- La subordinación de los derechos individuales frente a los derechos de incidencia colectiva (arts. 14; 240 entre otros)**

Las normas proyectadas generan profundas dudas interpretativas sobre eventuales avances colectivistas sobre los derechos individuales con protección constitucional y supraconstitucional que parten del principio opuesto de la protección de los derechos de las personas frente a los avances del Estado (arts. 75 inc.22 CN).

En el mismo sentido, la reafirmación de la función social de la propiedad con límites imprecisos (art. 15) receptada en la reforma al Código Civil de 1968 (con la prohibición del abuso del derecho y la equidad, como así también la teoría de la imprevisión), se encuentra también en contradicción con los principios basales que insuflan el originario proyecto elaborado por la Comisión Especial. Además luce como una norma confrontativa del texto constitucional y generadora de gran conflictividad. Lo mismo sucede con ciertas soluciones restrictivas de la propiedad privada como la incidencia colectiva en la interpretación favoreciendo la intervención del Estado, suscitando en ambos casos las mismas objeciones sobre su constitucionalidad a la luz de lo antes expuesto.

## **3.- Omisión de una adecuada regulación de los derechos de los pueblos indígenas:**

En efecto, al referirse a los “derechos de los pueblos indígenas” el proyectado art. 18 manifiesta: *“Luego de la participación de representantes de los pueblos originarios en las audiencias públicas, se advierte que existe en torno a la posesión y propiedad comunitaria indígena voces encontradas en cuanto a la naturaleza y especificidad que requieren de un debate más intenso y profundo y su abordaje a través de una ley especial”* (lo destacado pertenece al presente). Esto es muy grave puesto que sabedores de las “voces encontradas” y de la necesidad de *“un debate más intenso y profundo” no convoca previamente a juristas, a la comunidad universitaria, entre otros para dilucidarlas, luego debatirlas con la debida participación y luego consensuarlas sino que más grave aún las deja fuera del Código y las regula por una ley especial fuera del cuerpo sistematizado*. En igual sentido al proponer los cambios al proyectado art. 562 referido a la gestación por sustitución manifiesta: *“la gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritaría un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el derecho comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del proyecto de reforma”*.

Como se advierte en el Informe de la Comisión Bicameral se reconoce expresamente la necesidad de un debate más intenso en temas centrales.

## **4.- Comienzo de la existencia de la persona humana:**

En el dictamen de la comisión bicameral, receptado en la aprobación del Senado se ha modificado el texto del art. 19 que establecía el comienzo de la persona humana desde la concepción *“en el seno materno”* suprimiendo este último párrafo, de forma tal que dicha existencia opera desde la concepción misma, lo cual puede ser fuera del seno materno, por ejemplo en los casos de fertilización in vitro. Si bien la modificación pareciera adecuada para evitar la manipulación y comercialización de embriones no se ha dado el necesario y amplio debate participativo en torno a tan importante cuestión y además se presenta en contradicción con otras disposiciones del articulado.

## **5.- Supresión del derecho fundamental del acceso al agua potable:**

Resulta cuestionable también la supresión en el proyecto del Poder Ejecutivo del derecho al acceso al agua potable como derecho fundamental de todos los habitantes que venía consagrado en el art. 241 del proyecto de la Comisión Redactora, en tanto puede pretenderse la comercialización y negociación de este vital elemento en perjuicio del interés general, y en tanto pese a ser un derecho humano fundamental, en los hechos son muchos los ciudadanos que no tienen acceso al mismo, con lo cual parecía aconsejable mantenerlo en el texto.

## **6.- Escrituras públicas. Excesivo reglamentarismo:**

De las modificaciones introducidas en el dictamen de la Comisión y receptadas en la aprobación del Senado a los arts. 301 (requisitos), 303 (abreviaturas y números), 304 (otorgante que padece limitaciones en su aptitud para oír y para comunicarse), 305 (copias o testimonios), se advierte un excesivo reglamentarismo que responde a intereses directamente relacionados con el ejercicio de la actividad notarial, propios de la reglamentación local del mismo que no debieran encontrarse reflejados en un Código de fondo. Igual situación se advierte con respecto a la reforma introducida por la misma comisión con relación al art. 380 relacionado con la extinción del poder en la representación voluntaria.

## **7.- Relaciones de familia:**

Por su parte, en materia de derecho de familia, las reformas introducidas por la Comisión Bicameral y con media sanción en el senado, se encuentran contrapuestas con postulados filosóficos distintos que parecían motorizar el originario proyecto de la Comisión Redactora, posibilitando soluciones disímiles frente a situaciones que pueden presentarse como similares.

Ello hace que como consecuencia de esa confusión de corrientes, ideas, objetivos o “paradigmas” emerge un híbrido experimento que requiere ser necesaria y minuciosamente reanalizado artículo por artículo para evitar la contraposición de principios y soluciones dentro de un mismo código que perjudique el objetivo de la recuperación de la necesaria previsibilidad y seguridad jurídica que nuestro país tanto necesita y que todo código implica. Valga como ejemplo al respecto la contradicción de los arts. 19 y 561.

## **8.- La contratación y remuneración de profesionales:**

En otra muestra de la preponderancia de la autonomía de la voluntad, los proyectados arts. 730 y 1255, se preocupan en mantener el arbitrario límite del 25% para la regulación de los honorarios de todos los profesionales intervinientes en juicio y del libre juego de la oferta y demanda en materia de contratación de los servicios profesionales que establecieran la ley 24.432 al reformar los arts. 505 y 1627- respectivamente- del Código Civil.

Su mantenimiento implica el de la política neoliberal de la época de la sanción de esa ley (1994) al considerar los servicios profesionales como una simple mercancía, vulnerando abiertamente las autonomías provinciales y violentando normas constitucionales expresas, como lo son los arts. 121 y 122 de la Ley Fundamental.

Solo bajo la tendencia marcadamente individualista que denota el proyecto en cuanto hace a la regulación de los derechos personales puede encontrarse explicación a esta regulación con la que se intentó doblegar las facultades provinciales en pos del mantenimiento de principios de la autonomía de la voluntad en una contratación de libre mercado, considerando la remuneración de los servicios profesionales como una mercancía libremente negociable.

Por lo demás, en ambos casos se trata de facultades relacionadas con la regulación del ejercicio de las profesiones liberales, atributo no delegado y por ello de las provincias, lo que los torna de dudosa constitucionalidad, ameritándose su supresión -arts. 5; 121 CN-

## **9.- Pesificación de deudas en moneda extranjera:**

El texto aprobado por el senado mantiene la pesificación de las deudas pactadas en moneda extranjera (arts. 765 y 766) negando la realidad del fenómeno inflacionario que afecta a nuestro país desde hace muchos años y que perjudica el mantenimiento del equilibrio de las prestaciones durante toda la vida contractual que había consagrado ya la reforma parcial de 1968. Su desconocimiento fomenta y alienta el litigio judicial en su máxima duración posible como instrumento para el licuamiento de deudas, colapsando el sistema judicial.

### **10.- Sanciones conminatorias contra el Estado:**

Según el último párrafo introducido al art. 804 por el PEN al proyecto de la Comisión de Juristas estableciendo que la observancia de los mandatos judiciales impartidos a las autoridades públicas se rige por las normas propias del derecho administrativo, impide cumplir con las sentencias judiciales dictadas contra el Estado.

La situación se agrava al relacionarse la norma con el art. 1 del proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados regulando (aunque en realidad limitando) la responsabilidad del Estado que elimina los astreintes en su contra, sus agentes y funcionarios (art. 60 y 69 CN).

Todo ello enanclado con las otras reformas a la responsabilidad del Estado es de enorme gravedad, sumado a las modificaciones efectuadas en materia de responsabilidad y considerando que el derecho administrativo es de resorte de las provincias y no unificado en todo el territorio de la Nación, generará un verdadero mosaico normativo que tornará virtual toda responsabilidad del Estado.

### **11.- Contratos. Modificación por los jueces:**

En consonancia con el principio de la plena autonomía de la voluntad que reina en el proyecto mediante la redacción de los arts. 959 y 960, se pretende volver al principio napoleónico del "*pacta sunt servanda*" impidiendo la modificación o extinción de los contratos por decisión judicial cuando se hayan alterado las condiciones de equilibrio entre las partes por situaciones ajenas a la voluntad de las mismas dando por tierra con los avances logrados por la reforma de 1968 en los arts. 953; 1197 y conc.-

### **12.- Préstamos bancarios, descuento bancario y apertura de crédito. Pacto en moneda extranjera:**

El dictamen de la Comisión Bicameral ha modificado los arts. 1408, 1409 y 1410 permitiendo que los préstamos bancarios, descuento bancario y apertura de crédito, al igual que lo prevé el art. 1390 del proyecto de la Comisión puedan pactarse y cumplirse "*en moneda de la misma especie*" lo cual genera una situación de privilegio para estas operaciones del sector bancario y de irritante desigualdad para todos los demás operadores respecto de los que rigen los art. 765 y 766 que como se viera *infra* permite la devolución en pesos de las demás obligaciones de dar sumas de dinero -al ser consideradas como de dar cantidades de cosas respecto de las cuales el deudor puede liberarse entregando el equivalente en moneda de curso legal-, lo que resulta violatoria de la garantía del art. 16 de la CN, y del art. 24 de la CIDH (art. 75 inc. 22 CN).

Asimismo, el art. 1730 según la modificación introducida en el dictamen de la Comisión Bicameral, mantiene la errónea identificación de los términos "*caso fortuito*" y "*fuerza mayor*", resultando aconsejable su adecuada diferenciación conceptual por su implicancia.

### **13.- El nuevo contrato típico de arbitraje:**

Conforme lo anticipado, se ha mantenido el arbitraje como un nuevo "contrato típico" según el proyecto de la Comisión de Juristas que resultara inobservado en este aspecto en el proyecto del Poder Ejecutivo (arts. 1649/1695). Esto, contradiciendo la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de la CSJN que sin perjuicio de reconocer su origen o gestación convencional ha reconocido desde siempre su predominante carácter jurisdiccional y publicístico como instrumento netamente procesal para la heterocomposición de los conflictos. Ello importará una novedad legislativa mundial superando incluso a los países que cuentan con las legislaciones más liberales al respecto, como Francia que tiene regulado separadamente el arbitraje en el Código Civil, respecto tan solo de algunos escasos aspectos relacionados con el acuerdo arbitral y las cuestiones arbitrables y en el Código Procesal, donde se regula el desarrollo integral del proceso arbitral, aunque en forma separada en lo que hace al arbitraje interno respecto del internacional.

El arbitraje es una forma de justicia privada reconocida y admitida desde siempre por todos los Estados, y también en la órbita supranacional (vgr, entre otras, el Protocolo de Ginebra de 1923 sobre Clausulas de Arbitraje; el Convenio de Ginebra de 1927 sobre ejecución de sentencias arbitrales extranjeras la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, la Ley Modelo de 1985), pero siempre como un instrumento de justicia que desemboca y tiene por único efecto el dictado de un típico acto de jurisdicción, el laudo o sentencia arbitral, ejecutable coactivamente tanto en la órbita nacional como internacional como una verdadera sentencia jurisdiccional.

De tal forma el arbitraje sin perjuicio de su desempeño y actuación en la órbita privada importa el ejercicio por parte de los árbitros de típicas funciones jurisdiccionales, a mérito del libre pacto de las partes sobre la base de la permisón o delegación expresa de su ejercicio que realizan todos los Estados al autorizar esa excepcional prórroga de la jurisdicción estatal judicial a favor de la arbitral o privada.

A "*fortiori*", sin perjuicio de su indiscutido origen convencional y aún si se quiere para algunos "contractual", lo cierto es que no se puede considerar a los árbitros de parte como simples contratados por las partes en un supuesto contrato de arbitraje, por cuanto sin perjuicio que las partes deben solventar los honorarios de los árbitros (y todos los demás costos del arbitraje) desde la aceptación del cargo pasan a ejercer típicas funciones públicas jurisdiccionales como son las relacionadas con la administración de justicia. Funciones que aunque se realicen desde la órbita privada no pierden su característica y esencia publicística que no pueden permitir su regulación desde el derecho privado, considerándolo como un inadmisibles "contrato de justicia". Creemos que aquí, decididamente se da una exorbitante primacía de la irrestricta autonomía de la voluntad y el individualismo neoliberal que nutre a la mayor parte de las reformas propuestas por la Comisión de Juristas dejando su marca indeleble.

Se olvida que el arbitraje en tanto verdadero proceso jurisdiccional no judicial, su regulación según nuestro sistema constitucional es y ha sido siempre de resorte exclusivo de las provincias que reservan todas sus facultades al respecto como función local esencial del sistema de gobierno federal (arts. 5, 75 inc.12, 75 inc.12 y 121 CN).

Tal como lo expusimos en declaraciones anteriores nuestra clara postura al respecto, absolutamente contraria a la incorporación de este instituto procesal y publicístico en un código de fondo, a cuyos términos nos remitimos, observación que mantenemos no obstante la incorporación del título de "abogado" o "escribano" en el art. 1660 para actuar como árbitro como si se tratase de actividades profesionales intercambiables.

Respecto a esta última reforma, se considera innecesaria e imprecisa la exclusión del arbitraje de aquellas cuestiones en que se encuentre comprometido el "orden público" que ha añadido al art. 1649, teniendo en cuenta que el art. 1651 precisa en forma expresa cuales son las cuestiones no arbitrables, se mantienen las mismas y viscerales objeciones oportunamente efectuadas a este nuevo e ignoto "*contrato de justicia*".

Además, sin perjuicio del acierto de la exigencia del título de abogado para el desempeño del rol de árbitro de derecho (art. 1660) considerando que también se prevé el arbitraje de amigables componedores o de *equidad* como una de las dos típicas formas de arbitraje (según el art. 1652), en función de las diferencias existentes entre el arbitraje *juris* o de derecho, resultará conveniente limitar dicha exigencia para este último tipo de arbitraje.

Por lo demás sin perjuicio del respeto que nos merece el ejercicio de la función notarial, es del caso advertir que en nuestro sistema y costumbres el ejercicio del notariado ha estado limitado desde siempre a la dación de la fe pública en las relaciones jurídicas entre partes de contenido no contradictorio, pero nunca a resolver conflictos intersubjetivos suscitados entre las mismas, con autoridad y efectos de cosa juzgada, actuando como un verdadero juez.

El notario o escribano público es el funcionario público investido por la ley para dar fe de los negocios jurídicos que ante él se celebraren y a quien corresponde estructurarlos jurídicamente dándoles validez formal, para cuyo objeto debe previamente captar los hechos a través de las manifestaciones de voluntad, adecuándolos a las normas jurídicas valederas. Su misión se completa además, como profesional del derecho, en asesorar a los intervinientes, aconsejarles con equidad (sin tomar partido por ninguno sino al servicio de todos), evitando el litigio, buscando la conciliación en las situaciones de disconformidad, con persuasión y no con imposición. **No juzga** sino que **previene**,

**ilustra y explica** el derecho por los medios normales de la convicción sin tener en cuenta por quién fue designado o el interés particular de alguno de los sujetos intervinientes. La notaría se contrapone al Juzgado (según la expresión de Joaquín Costa). En la primera se busca constantemente la pacificación entre los contratantes o actuantes y el concepto de *litis* es ajeno al negocio que se celebra ante el notario que, como presidente de la reunión o audiencia a que comparecen los intervinientes, no resuelve pleitos sino que encauza voluntades para su adecuación jurídica. En la segunda, la aplicación de la ley es estricta; el caso controvertido no requiere ni consejo ni asesoramiento ni conciliación, sino la final dilucidación de la *litis* planteada administrando justicia para concluir la guerra entre uno y otro. (Escribano ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo X "Empa - Esta", Editorial Bibliográfica Argentina, 1959. Pág. 585)

El actuar como árbitro de derecho en ejercicio de una actividad jurisdiccional resolviendo conflictos intersubjetivos con autoridad de cosa juzgada, por su paralelismo con la actuación de un juez estatal y del laudo que este dicte con una sentencia judicial, exige que además del título éste tenga absoluta independencia respecto del Estado lo cual amerita que no tenga incompatibilidad con otra función conferida por éste como la fe pública notarial.

Por lo demás, las reformas introducidas por el dictamen de la Comisión a los arts. 1655 y 1656 al permitir la amplia impugnación judicial de las providencias que dispongan medidas cautelares y de los laudos o sentencias arbitrales definitivas no solo resultan irrazonables y contrarias a la esencia y razón de ser del arbitraje, sino que fundamentalmente chocan abiertamente con la orientación privatística de este instituto que le pretendiera conferir el proyecto de la Comisión de Juristas.

La permisión de la impugnación y revisión judicial de esos pronunciamientos arbitrales por la justicia estatal competente, cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables, o cuando genéricamente resulten contrarios al ordenamiento jurídico, importa establecer un control de la jurisdicción judicial (estatal) sobre el arbitraje que es contrario a los más modernos y elementales principios en la materia.

Ello así por varias razones. La cuestión siempre dependerá de lo acordado por las partes con relación a la posibilidad de impugnación judicial de los laudos o sentencias definitivas, mientras que por lo demás la tendencia mundial uniformemente aceptada a partir de la Ley Modelo de Arbitraje CNUDMI (Naciones Unidas) de 1985 apunta al establecimiento del arbitraje como un proceso no judicial pero jurisdiccional de única instancia **en cuanto al mérito o fondo de la cuestión planteada** que resulta irrevisable en ese aspecto por la justicia estatal competente.

Por ello en esos sistemas generalmente solo se prevé un recurso (o acción) de *anulación*, en la mayoría de los casos irrenunciable como única vía de impugnación. Y solo para causales taxativamente determinadas relacionadas con la existencia de vicios sustanciales del acuerdo arbitral, vicios de procedimiento que afecten la garantía del debido proceso, fallo de los árbitros fuera de las controversias previstas en el pacto arbitral o que excedan sus términos o el tiempo previsto para resolver, desajuste de la composición del tribunal respecto de lo convenido por las partes, inarbitrabilidad objetiva o laudo contrario al orden público.

En suma, el arbitraje no es ni puede ser considerado como un contrato de justicia porque ésta, al menos en nuestro sistema constitucional, es algo más que una mercancía negociable.

#### **14.- El contrato de fideicomiso:**

El mantenimiento del fideicomiso como un instituto no adecuado a nuestro sistema jurídico y basado originariamente en el "*trust*" anglo norteamericano (arts. 1666/1700) suscita las mismas dudas y depara los mismos riesgos para el bien común y el interés general que en su actual regulación en la Ley 24.441 (cuyos términos esenciales se reiteran).

Esa figura ajena al sistema jurídico del *civil law* en su actual configuración (sin perjuicio de su reconocimiento en la órbita latinoamericana) sin las necesarias adecuaciones para su inserción en un sistema como el nuestro que no contempla la justicia de equidad o "*equity*" anglosajona (a través del cual se pretenden corregir las injusticias provocadas por la excesiva formalidad del derecho común) permite y facilita todo tipo de abusos y fraudes en perjuicio de partes y terceros. Efectos nocivos que no debieran permitirse en defensa del bien común y el interés general que el legislador debe preservar, salvo que se cuente con normas adecuadas para dar solución a esos desvíos abusivos de la figura en provecho propio, tal como lo hace por ejemplo el art. 54 -segundo párrafo- de la Ley de Sociedades modificada por la ley 22.903 -Inoponibilidad de la Personalidad Jurídica- que el proyecto, con buen tino, ha extendido a todas las personas jurídicas (art. 144).

#### **15.- El fideicomiso en garantía:**

En especial resulta altamente cuestionable el reconocimiento "*ex lege*" del fideicomiso en garantía (art.1680) efectuado en el proyecto de la Comisión y mantenido hasta la aprobación senatorial, que la doctrina que pregona estas figuras la incardina dentro de las llamadas "garantías autoliquidables". El objetivo de estas garantías no es otro que permitir a los acreedores percibir directamente sus créditos de cualquier clase, de sus deudores sobre la base de esas garantías que pueden constituirse sobre cualquier tipo de bienes, derechos y según el proyecto aprobado hasta universalidades. En caso de incumplimiento el fiduciario encargado de "vigilar" (sic) el cumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor fiduciante podrá realizar privadamente los bienes, derechos o universalidades objeto de la garantía, **prescindiendo del necesario juicio previo. Ello convierte a esta figura** en una especie de justicia por mano propia, mediante una renuncia anticipada a la jurisdicción, que violenta elementales principios constitucionales y supraconstitucionales relacionados con la necesidad del previo y debido proceso (art. 18, 75 inc. 22 de la CN; 8.1. de la CIDH).

Además, el fideicomiso en garantía implica la creación por decisión contractual de una superpreferencia en el cobro directo e inmediato de los créditos con verdaderos efectos reales al conferir a una persona un señorío sobre una cosa que supera a los clásicos derechos de garantía real, como la prenda, la hipoteca y la anticresis, que si bien se mantienen contempladas como derechos reales de garantía (arts. 2205 / 2237) quedarán en desuetudo. Todo ello sin perjuicio del mantenimiento del carácter de orden público y *numero clausus* de los derechos reales (art. 1884 del proyecto).

Con lo cual el fideicomiso en garantía en tanto pretende superar para el acreedor la protección que le confieren los derechos reales, implica admitir el fraude a la ley que el propio proyecto prohíbe en el art. 12.-

#### **16.- Abandono del principio de la prohibición del pacto comisorio en los derechos reales de garantía:**

Paralelamente, con el mismo propósito individualista y no tuitivo de la parte más débil en la contratación, se abandona el principio de la prohibición del pacto comisorio en los derechos reales de garantía que el Código de Vélez, siguiendo la tradición continental europea del derecho civil ha establecido. Mediante él se impide que en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor pueda resolver directamente el contrato y quedarse con la propiedad de la cosa o cobrarse directamente con la venta privada de la misma.

Así lo establece en forma expresa en art. 3222 del vigente Código Civil para la prenda y el art. 3251 para la anticresis. También se lo consideró para la hipoteca, al descartarse la posibilidad de la entrega de la cosa al acreedor y al figura anglosajona del *mortgage* que permitía al acreedor quedarse con la propiedad de la cosa hipotecada en caso de incumplimiento (conf. importantes notas de Vélez al los arts. 3108 y. 3115).

Esas prohibiciones no son mantenidas en el proyecto el que colocándose en la postura opuesta basada en un excesivo individualismo, permite expresamente convenir la venta privada de la cosa prendada por el acreedor o por un tercero en caso de falta de pago (art. 2229).

Se viola así no solo la esencia de la *fides* en que se asientan los negocios fiduciarios, sino también y de modo fundamental las garantías del art. 18 de la Constitución Nacional relativas al **debido proceso**, en los que se encuentra comprometido **el orden público**. **No se trata** de una cuestión de **política legislativa**, sino de primacía constitucional y supranacional.

#### **17.- Desprotección de los derechos individuales homogéneos:**

Se observa también que se han eliminado las normas protectoras de los derechos individuales homogéneos y de incidencia colectiva contemplados en los arts. 14 y 1745/1748 del dictamen de la Comisión de Juristas (Decreto 191/2011).

#### **18.- Regulación de la responsabilidad civil del Estado:**

La modificación en el Proyecto del Poder Ejecutivo de los arts. 1.764, 1765 y 1766 del proyecto de la Comisión de Juristas -reiterado en el dictamen de la Comisión Bicameral y en el texto aprobado por el Senado-, según el cual se regulaba adecuadamente la Responsabilidad civil del Estado y sus agentes resulta cuestionable en tanto dificulta y restringe dicha responsabilidad. Este es seguramente uno de los aspectos más criticables del proyecto de unificación.

En dicho proyecto receptando de "*lege lata*" la doctrina jurisprudencial de la CSJN se pretendió responsabilizar al Estado objetivamente por los daños causados en el ejercicio irregular de sus funciones y en forma concurrente a sus funcionarios o empleados públicos a los que también se responsabilizó por el ejercicio irregular de sus cargos por acción u omisión. Se reconoció también la responsabilidad objetiva del Estado por su actividad lícita, conforme los mismos postulados forjados por el máximo tribunal de justicia de nuestro país. Todo ello con eventual violación de los principios y garantías consagrados por los arts. 1, 16,17 y 116 de la CN.

El fundamento utilizado por el Poder Ejecutivo para motorizar este copernicano cambio de postura respecto a la responsabilidad del Estado se encuentra en la incorrecta interpretación del caso "*Barreto*" del 21 de marzo de 2006 en donde se señaló que la responsabilidad del Estado corresponde al campo del Derecho Administrativo y encuentra sus fundamentos en principios extraños al Derecho Privado.

Si bien una primera lectura del fallo permitiría entender que la postura del Poder Ejecutivo, compartida por la Comisión Bicameral y por la media sanción del Senado sería correcta, a poco que se analice íntegramente el caso en atención a sus particulares circunstancias se advertirá que ello no es así.

La cuestión medular tratada y resuelta en ese decisivo no se encontró relacionada con la cuestión de fondo de la responsabilidad del Estado, ni menos aún de la competencia federal o local para establecer y regular la responsabilidad del Estado -como erróneamente se lo ha entendido-, como consecuencia de la muerte de la hija de los actores por parte de un policía de la Provincia de Buenos Aires sino única y exclusivamente respecto de la **jurisdicción correspondiente** para el juzgamiento del caso o causa allí planteada. Concluyéndose que precisamente en función de las particularidades de ese caso y cambiando el criterio anterior de la Corte en torno al concepto de "causa civil" según los términos del Decreto 1285/58 a los efectos de la atribución de competencia originaria a la CSJN cuyos alcances se precisó, no se trataba de una "causa civil" de aquellas que habilitan la excepcional competencia originaria de la CSJN según lo previsto por los arts. 116 y 117 de la CN sino a un supuesto de falta de servicio, según las normas de derecho administrativo local.

Por lo demás si alguna duda pudiera quedar respecto de la interpretación de ese precedente cabe recordar que ese fallo fue suscripto entre otros por los Drs. Lorenzetti y Highton de Nolasco, que coincidentemente han suscripto el proyecto de la Comisión de Juristas que ratificara el principio de la responsabilidad civil del Estado según las normas del derecho de fondo. Todo ello como bien ha sido observado en el dictamen de Comisión por el diputado Pablo Tonelli ([www.senado.gov.ar](http://www.senado.gov.ar)).

#### **19.- La limitación de la responsabilidad del Estado:**

El proyecto de la Comisión había establecido entre los supuestos especiales de responsabilidad, la responsabilidad objetiva del Estado por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin necesidad de identificar a su autor.

En tal sentido, se destacó que se siguió la postura de la CSJN al considerar que el ejercicio irregular es una violación o anomalía frente a las obligaciones del derecho regular que entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de los que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.

Se aclaró que no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y por ello se consideró que la responsabilidad involucrada no es subjetiva sino objetiva.

Se destacó que también se prevé la responsabilidad del funcionario o empleado público por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que impliquen el ejercicio irregular de su cargo.

Se estableció asimismo la responsabilidad objetiva del Estado por actividad lícita en cuanto se sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas, aunque solo con respecto al daño emergente, pero siguiendo el criterio fijado por la CSJN cuando se afecte la continuación de una actividad se incluye también la compensación del valor de las inversiones no amortizadas en cuanto hayan sido razonables para su giro. (Fundamentos. Libro Tercero, Título V Otras Fuentes de las obligaciones. Ap.16 Supuestos especiales de Responsabilidad)

Sin embargo, el PEN modificó el texto recibido de la Comisión de juristas borrando de un plumazo esta regulación de la legislación civil y lo hizo caprichosamente sin fundamento alguno que excuse semejante decisión.

Así, el proyecto de la Comisión Bicameral que fuera aprobado por el Senado, transitando por las antípodas no solo en lo normativo sino también en lo filosófico, respecto al rol y desempeño del Estado en un mundo globalizado quita la regulación de la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados del proyecto que venía contemplada en los artículos 1765 y 1766 remitiéndose "*a lo que establezcan las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda*".

Ello significa un llamativo e inexplicable retroceso en la materia que implica desconocer o reducir notoriamente la amplia responsabilidad del Estado actualmente reconocida por la jurisprudencia de la CSJN, en demérito de los derechos individuales de los habitantes afectados. La remisión a la regulación local (provincial y aun municipal) además de merecer las objeciones constitucionales que surgen de la jurisprudencia antes citada, implicará no solo un mosaico normativo sino la lisa y llana neutralización de la responsabilidad estatal convirtiéndola en reclamativa o virtual. Por otra parte, en modo alguno se justifica tal como lo afirma Caparroz, Luciano ([www.mocrojuris.com.ar](http://www.mocrojuris.com.ar)) comentando el tema que nos ocupa, cuál es la conveniencia para el damnificado o víctima de un daño el ser exclusivamente protegido en cuanto a su derecho constitucional a la reparación por un sistema distinto al civil y deja en total desamparo a las víctimas de daños producidos por agentes estatales, empleados o funcionarios públicos.

Ello además luce inconstitucional puesto que la regulación de la reparación de daños integra el derecho común (art. 75 inc. 12 CN). En este sentido también viola la garantía de igualdad (art. 16 CN) respecto de la reparación patrimonial del daño cuando proviene del Estado y resulta más que irrazonable (art. 1, 14, 28 y 33 CN) frente al ámbito de actuación del Estado caracterizado por ser exorbitante al derecho privado lo que exige mayores garantías a favor del ciudadano frente al Estado.

El Estado debe responder igual que el particular de lo contrario se alteran las bases propias de una república (art. 1° CN) que exige la responsabilidad de los funcionarios.

#### **20.-La responsabilidad del Estado y los tratados internacionales de protección de los derechos humanos**

1.-Sustraer la responsabilidad del Estado del Código Civil y considerarla comprendida en la normativa local reguladora del derecho administrativo para limitarla, implica incumplir la norma constitucional del artículo 75, incisos 12 y 22, este último al haberle dado rango constitucional a distintos Tratados y Declaraciones de Derechos Humanos. Como el Pacto de San José de Costa Rica, cuyo literal ha

interpretado –ampliando los límites de la tutela- a lo largo de los años la Corte Regional. Todo el *corpus iuris* internacional de los derechos fundamentales establece a raja tabla que el Estado debe respetar y garantizar ciertos derechos básicos. **El Estado mismo debe garantizar, en caso de daño, la reparación integral, circunstancia que de ninguna manera contempla el proyecto.**

Se vulneran así derechos humanos fundamentales, como el derecho de todo habitante de este país a una **reparación jurídica integral cuando sufre un daño o un menoscabo por parte del Estado.** Pero también se vulneran otros derechos de raigambre constitucional y supranacional, como por ejemplo el de acceso a la Justicia, el de no discriminación, el de igualdad ante la ley y el de peticionar ante las autoridades, haciéndolo en el caso de lo que se denomina un recurso efectivo -como lo establece el art. 25 de la CADH-, un derecho mucho más restringido y gravoso para quienes tienen que litigar contra el Estado.

2.- En esta sintonía se incardinan los artículos 1.1 y 2 de dicha Carta Internacional, -clave operativa de la responsabilidad de los Estados partes- donde éstos se comprometen a “respetar” los derechos y libertades y a “garantizar” su libre y pleno ejercicio, a toda persona sujeta a su jurisdicción, bajo el postulado de “no discriminación”; **y a la par “adoptar” las disposiciones de derecho interno para ser efectivos tales derechos y libertades.**

Estos artículos reconocen su fuente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2 incs. 1 y 2, que edicta: “1.-Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

Estos deberes, típicas obligaciones jurídicas que vinculan a los Estados, deben ser irremediablemente cumplidas por aquellos, pues de lo contrario se configuraría una violación al Pacto, y por lo tanto una infracción del derecho internacional, comprometiendo la responsabilidad del Estado ante la comunidad toda.

Se ha señalado que éstas son obligaciones *erga omnes* de efectos triangulares: las asume cada Estado frente a la comunidad interamericana como un todo, frente a cada uno de los demás Estados Partes; y frente a todos los individuos –nacionales o extranjeros- sujetos a su jurisdicción, como directos destinatarios de los derechos humanos reconocidos por el Pacto de San José (AGUIAR. Asdrúbal A., “La responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos humanos (Apreciaciones sobre el Pacto de San José)”, Revista Instituto Interamericano Derechos Humanos, nro. 17, enero-junio 1993, págs. 24-25).

3.-) El deber de “respetar” es una obligación de carácter negativo –de no hacer- que se traduce en que los Estados partes se comprometen a no vulnerar los derechos y libertades reconocidos en la Convención; de su lado, el deber de “garantizar”, se lo describe como una obligación positiva –de hacer- en cuanto los Estados se comprometen a organizar todo el aparato gubernamental, para asegurar el pleno ejercicio de los derechos esenciales; acompasado ello, **con el otro deber positivo referido a la obligación de adoptar todas las medidas legislativas y de cualquier otro carácter que resulten necesarias para asegurar el pleno ejercicio de aquellos derechos.** (Corte IDH, Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, sentencia del 7 de junio de 2003, párrs. 110-111).

Sin embargo, ese reconocimiento lleva insito el deber de los Estados de respetar y garantizar dichos derechos, como también, de ser necesario, el deber “de adoptar las medidas requeridas en el derecho interno para el mejor y más adecuado cumplimiento de las obligaciones que son la consecuencia de esos derechos y libertades” (GROSS ESPIEL Héctor, Opinión Separada, Corte IDH Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. “Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A N° 7, párr.6. Puede ampliarse de Hitters Juan C., “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, t. 1, pág. 274-276, Ed. Aguiar, Buenos Aires, 1991.).

Las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen, en opinión de la Corte regional, las piedras basales para la determinación de responsabilidad internacional de los Estados por violación a la citada Carta (Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr.107).

Asimismo, ha destacado en forma constante, desde los casos hondureños hasta el presente, que el art. 1.1, esencial del sistema del Pacto de San José, contiene la obligación contraída por los Estados partes en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado alguno de esos derechos, implica necesariamente la vulneración del artículo 1.1 de la Convención ( Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4, párr.162; Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C N° 5, párr. 171; Caso Neira Alegría y otros, Sentencia del 19 de enero de 1995, Serie C N° 20, párr.85)..

4.-) El deber de “respeto” y de “garantía”

En palabras del tribunal regional los deberes generales que imponen a los Estados el art. 1.1 implican que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública –**en este caso en estudio a la actividad del poder legisferante**- constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención. Caso Velásquez Rodríguez, párr. 164; Caso Godínez Cruz, párr. 173; Caso Caballero Delgado y Santana, párr. 56; Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, sentencia del 22 de noviembre de 2007 (fondo, reparaciones y costas), párr. 60; entre muchos otros.

Asimismo, resulta irrelevante que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, toda vez que el derecho de gentes, impone que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos, aún si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno. De lo contrario, si se considerara que no compromete la responsabilidad del Estado, quien se prevale del poder público para violar tales derechos a través de actos que desbordan su competencia o que son ilegales, se tornaría ilusorio el sistema de protección previsto en la Convención (Caso Velásquez Rodríguez, párrs. 169-171; Caso Neira Alegría y Otros, párr. 63; Caso Gangaram Panday, Sentencia del 21 de enero de 1994, párrs. 61-62; Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 72; Caso “Cinco Pensionistas”. Sentencia de 28 de febrero de 2003, párr. 63; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 76, y Caso Baena Ricardo y otros, párr. 178).

.5.-) El deber de adopción de la normativa interna

Tal como señaláramos, este deber positivo o de actuación, consiste en adoptar por parte del Estado, y de conformidad con los procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, todas aquellas medidas imprescindibles para otorgarle plena efectividad a los derechos y libertades reconocidos.

Según criterio de la Corte, la efectividad de los derechos a que se hace referencia, significa, **que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica; y esa obligación positiva se complementa, con el deber, no solo de no expedir leyes que desconozcan esos derechos u obstaculicen su ejercicio, sino también la de suprimir o modificar las que tengan estos últimos alcances.** (Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 98. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y

otros). Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 87. Corte I.D.H., Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001, párr. 42. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Sentencia del 21 de junio de 2002, párrs. 112-113.)

En resumen el deber general del artículo 2 del Pacto de San José, implica la adopción de medidas en dos vertientes: a) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención; y b) **la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías** (Caso Castillo Petruzzi y otros. Sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 207; Caso "Cinco Pensionistas", Sentencia de 28 de febrero de 2003, párr. 165; Caso Bulacio vs. Argentina, sentencia del 18 de septiembre de 2003, párr. 143; Caso Lori Berenson Mejía, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 219; Caso "Instituto de Reeducción del Menor", Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 206; Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 107.

6.-) El art. 2 del proyecto de Ley de Responsabilidad del Estado dice en el último párrafo: "La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios." Esta disposición viola, el derecho de defensa en juicio y la tutela judicial efectiva, consagrados no sólo en la Constitución nacional y en especial en el art. 8 de la CADH.

7.-) La exclusión del derecho de indemnizar en caso de daños generados por la actividad judicial legítima del Estado, omite regular adecuadamente los casos comprendidos en el llamado "error judicial", que con carácter restrictivo ha sido contemplado por distintas resoluciones judiciales. Es decir que cuando la Justicia, por ejemplo, encarcele injustamente a alguien y luego sea sobreesfido en la revisión de la causa, ese error judicial a partir de la sanción de la norma va a liberar al Estado de lo que es la reparación del daño. Lo que contraría directamente el artículo 10 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que establece que se debe indemnizar por error judicial.

### **21.-Tendencia a la atenuación de la responsabilidad empresaria.**

El proyecto denota la adopción de varios mecanismos para evitar o reducir la responsabilidad empresaria en perjuicio del interés general y el bien común, tales como la libertad de creación de títulos valores (art. 1820), la limitación de de la responsabilidad de los intervinientes en un título valor (art. 1826 según dictamen de la Comisión Bicameral receptada en el proyecto aprobado por el Senado), el fideicomiso, la adopción de las sociedades unipersonales (art. 1 de la modificada ley 19.550), la imperfecta regulación de los contratos asociativos (arts. 1442/1478) que permiten la realización de maniobras fraudulentas en perjuicio de terceros sin la necesaria contrapartida de la adecuada responsabilidad de los empresarios beneficiados.

### **22.- Reducción de prescripciones:**

En el dictamen de la Comisión Bicameral, receptado por el Senado, se advierte una tendencia a incrementar la reducción de las prescripciones liberatorias frente a las situaciones que plantea el derecho transitorio (art. 2537)

### **23.- Interrupción de la prescripción por reclamo administrativo:**

Resulta observable también la supresión dispuesta del art. 2548 del proyecto referida a la interrupción de la prescripción por reclamo administrativo dispuesta en el dictamen de la Comisión y compartida por la aprobación en el Senado.

En conjunción con las modificaciones efectuadas respecto de la responsabilidad civil del Estado antes expuestas, se ha considerado que una previsión como la contemplada en el proyecto de la Comisión de Juristas y del Poder Ejecutivo no es propia del derecho privado sino del derecho público.

Sin perjuicio de la hoy discutible división tajante entre derecho público y privado entre los que existe una comunicabilidad de principios expresamente reconocida por los autores del proyecto (Nota de presentación del proyecto del Dr. Lorenzetti, ap. III Constitucionalización del derecho Privado), entre los que precisamente se cuenta lo relativo a la prescripción liberatoria, lo cierto es que el cambio propuesto que pretende transferir la materia de prescripción de acciones contra el Estado, no puede ser de recibo.

La firme doctrina jurisprudencial de la CSJN de vieja data ha sido clara y contundente en punto a que la regulación de lo atinente a la prescripción es propia del derecho común o de fondo, quedando fuera del alcance de su normación en la órbita local y procesal administrativa como lo pretende el dictamen de la Comisión aprobado por el Senado.

En varias oportunidades la CSJN ha declarado que las legislaciones provinciales que reglamentaban la prescripción en forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil eran inválidas, pues las provincias carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la aludida legislación de fondo, incluso cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de derecho público local (Fallos: 175: 300; 176:115; 193:157; 203:274; 284:319; 285:209 y 320:1344).

Señaló también el máximo tribunal que esa doctrina debe ser ratificada, puesto que la prescripción no es un instituto propio del derecho público local, sino un instituto general del derecho, lo que ha justificado que, en ejercicio de la habilitación conferida al legislador nacional por el citado art. 75, inc. 12, éste no sólo fijará los plazos correspondientes a las diversas hipótesis en particular, sino que, dentro de ese marco, estableciera también un régimen destinado a comprender la generalidad de las acciones susceptibles de extinguirse por esta vía.

Por lo demás también se destacó desde otra óptica que, en tanto modo de extinguir las acciones, este instituto involucra aspectos típicamente vinculados al derecho de propiedad cuya inclusión dentro de tal delegación no se discute. En ese marco, y del mismo modo en que esa razón ha justificado la regulación por la Nación de los distintos modos de extinción de las obligaciones sin que ello obste a su aplicación en el ámbito de materias no delegadas, idéntica solución debe adoptarse respecto de la prescripción. Ya que no se advierte cuál sería el motivo para presumir que, al dictar la Constitución, las provincias hayan estimado indispensable presupuesto de sus autonomías, reservarse la posibilidad de evaluar los efectos de la propia desidia que ésta lleva implícita. Si se sostuviera lo contrario, a igual conclusión debería arribarse con referencia a aquellos otros modos extintivos de innegable similitud en cuanto a la efectividad de la ejecución de las obligaciones, con la consecuente incertidumbre que ello aparejaría en materias que, como ésta, comprometen seriamente la seguridad jurídica. (Conf. Sent. 30/09/2003 in re "Filcrosa S.A. s/ quiebra s/ incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda", Fallos 326:3899). Por lo demás, el proyecto resulta autocontradictorio con los fundamentos expuestos respecto de la modificación propuesta para el art. 2560 -modificado en el Senado- donde se reconoce que lo atinente a la prescripción de las obligaciones tributarias locales se rige por el Código Civil.

En efecto si bien el artículo citado del proyecto si respondía plenamente a la jurisprudencia de la CSJN y más todavía conforme el último párrafo agregado por la Comisión Bicameral fue. El texto definitivo aprobado por el Senado luce inconstitucional. Por ello se formula una **aguda Objeción a la única modificación en el Senado** efectuada a propuesta de la senadora por Misiones y finalmente aprobada. Se trata de la prescripción respecto de los tributos locales que como quedó aprobada se aparta en forma manifiesta a la jurisprudencia reiterada y pacífica de la CSJN referida a que la prescripción tributaria local -provincial y municipal- integra el derecho común y está reservada al Congreso de la Nación por la unidad del derecho conforme el art. 75 inc. 12 CN. Se trata de la cláusula de los códigos que impide a los estados locales regular la prescripción en forma distinta a la prevista en la legislación común.

En efecto, el texto del art. 2560 (proyecto aprobado en comisión) era el siguiente: "*Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente.*"

*Este plazo se aplica a la prescripción de impuestos, tasas, contribuciones y otros tributos nacionales, provinciales y municipales".*

Nótese que el último párrafo fue agregado por la Comisión Bicameral para dejar en claro que el plazo de cinco años es el aplicable respecto de la prescripción tributaria local y al hacerlo comenta que se efectúa por un lado por lo exiguo del plazo de dos años -modificado en el anteproyecto- que sin este agregado le resultaba aplicable y además afirma: "*la modificación resulta de vital importancia teniendo en cuenta*

que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho en numerosos precedentes que la prescripción de obligaciones tributarias locales se rige por las reglas del Código Civil".

Sin embargo, en la sesión del Senado en los últimos minutos de la madrugada fue modificado siguiendo la tesis de la senadora por Misiones, contraria a la CSJN y al art. 75 inc. 12) de la CN. Para mayor entendimiento se transcribe la parte pertinente de la versión taquigráfica ([www.senado.gov.ar](http://www.senado.gov.ar)): "**Sr. Barrionuevo.** – Señor presidente: la moción concreta apunta a sustituir dos artículos que están en el despacho de comisión. Uno de ellos es el artículo 2.532, cuya nueva redacción sería: –Artículo 2.532. *Ámbito de aplicación.* En ausencia de disposiciones específicas, las normas de este capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria. Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de tributos. Por su parte, el artículo 2.560 quedaría de la siguiente manera: –Artículo 2.560. *Plazo Genérico.* El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local. **Sr. Presidente.** – Primero vamos a poner a votación las inserciones. – Se practica la votación.

**Sr. Presidente.** – Quedan autorizadas en todos los casos las inserciones.1 Propongo que hagamos una sola votación, en general y en particular, para todos los artículos completos del dictamen en mayoría. – Se practica la votación por medios electrónicos. **Sr. Secretario (Estrada).** – Resultan 39 votos afirmativos y un voto negativo. – El resultado de la votación surge del acta correspondiente. **Sr. Presidente.** – Queda aprobado. Pasa a la Cámara de Diputados.1 Como no hay más temas que tratar, queda levantada esta sesión. – Son las 4 y 20 del jueves 28 de noviembre de 2013. **JORGE A. BRAVO DIRECTOR GENERAL DE TAQUÍGRAFOS**"

De toda esta guisa se ha establecido una norma que faculta a las provincias y municipios a legislar en materia de prescripción lo que se opone a la CN y a la jurisprudencia firme y reiterada de la CSJN ("Recurso de hecho deducido por Abel Alexis Latendorf (sindicado) en la causa *Filcrosa S.A. s/ quiebra s/incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda*", (30.09.03); en idéntico sentido, CSJN: "*Barreyro c/Municipalidad de Posadas*" (29.06.04) , "*Neuquén c/Fuerza Aerea*" (29.06.04), "*Verdini*" (19.08.04), "*Puigmartí*" (15.04.04), "*Davio*" (06.07.04), "*Casa Cassma SRL*" (26.03.09); "*Fisco de la Provincia c/Ullate, Alicia Inés -Ejecutivo Apelación - Recurso Directo*"; "*Municipalidad de Resistencia / Biolchi, Rodolfo Eduardo y Biolchi, Luis Ángel s/ ejecución fiscal*", (8.09.09), "*Fisco de la Provincia de Buenos Aires C/Corralón Sánchez Elía S.R.L.- quiebra*" (28.09.10), entre muchísimos otros). Esto es de enorme gravedad puesto que seguramente los fiscos locales intentarán aprovecharse de una legislación que extienda los plazos privilegiando la mora del Estado lo que no pueden hacer conforme lo dispuesto en el art. 75 inc. 12 de la CN. Es importante que esta modificación sea eliminada por resultar contraria a la CN y a la jurisprudencia de la CSJN.

#### 24.- Anteriores objeciones al proyecto.

Se advierte que no se han tenido en cuenta anteriores observaciones de la FACA al proyecto de la Comisión de Juristas algunas generales y otras respecto a la colisión de la normativa propuesta **con incumbencias relativas a la profesión de abogado** excepto respecto de los artículos 169 y 560 pero sin su intervención.

En efecto, dado el objeto de la FACA de tutela del ejercicio profesional federado y de la cuestión gremial sumado a que el Abogado es un auxiliar de la justicia se reitera que en el Anteproyecto hay normas que afectan el ejercicio de la abogacía y el debido respeto del derecho de defensa de los ciudadanos que no han sido modificadas por el PEN ni por la Comisión Bicameral y tampoco por su paso por el Senado.

Como cuestión previa cabe señalar que si se plantean cuestiones en defensa de la labor que naturalmente corresponde al Abogado no se lo hace solamente en resguardo del derecho a ejercer tal profesión dentro de su ámbito de su incumbencia sino también porque ello tiene implicancia en el ejercicio del derecho de defensa de los ciudadanos que requiere la presencia oportuna de un abogado que asista en sus derechos. Por ello los artículos que de algún modo afectan el ejercicio profesional implican retroceso en el reconocimiento de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales suscriptos por el Estado Argentino como lo es el PSJCR art. 8 primer y segundo numeral y apartarse del texto constitucional (art. 75 inc. 22) lo que contraría los fundamentos en los que se inspira el Anteproyecto. Asimismo también se advierte que hay normas que se inmiscuyen indebidamente en la regulación o modificación de normas regulatorias de honorarios o arancelarias lo que afecta el derecho alimentario que involucra y además constituye un avance sobre las potestades locales y por ello resulta violatorio de la CN.

Se trata de los siguientes artículos:

1) 106, 168, 169, 187, 448, 449, 910, 911 en los que se destaca un excesivo requerimiento de Escritura Pública en actos que no merecen tal formalidad. Sabido es que el requerimiento de la formalidad de Escritura Pública en tales actos jurídicos implica un directo menoscabo a la labor profesional de los abogados, quienes son desplazados de su incumbencia sin razones atendibles y además genera situaciones de desigualdad para los que no pueden acceder a tales exigencias por limitaciones económicas todo lo que afecta el acceso a la justicia.

2) 170, 173, 180, 187, 195, 500, 513, 2296, 2302 y 2373 en los que se recomendó rever para que se requiera la asistencia letrada y/o la intervención del Poder Judicial para garantizar el resguardo del derecho de defensa, en los institutos indicados.

3) 254 ya que se inmiscuye en normas regulatorias de honorarios limitándolos en el supuesto del inmueble afectado a vivienda.

4) 448 y sigts. Que al regular los convenios matrimoniales le da una participación de gran magnitud a los escribanos en detrimento del abogado y de la justicia lo que además nuevamente implica una afectación para aquellos que no pueden acudir a un escribano por cuestiones económicas lo que implica la imposibilidad de acceder a tales convenios que evitan litigios futuros.

5) 730 el mismo debería suprimirse puesto que al regular las obligaciones en general establece que si el incumplimiento de la obligación, cualquiera fuera su fuente, deriva en litigio judicial o arbitral la responsabilidad por el pago de las costas respecto de los honorarios profesionales de todo tipo, allí devengados y correspondientes a la primera y única instancia, no debe exceder del 25% del monto de la sentencia, laudo, transacción (...). Este artículo no solamente afecta normas arancelarias y el derecho alimentario del abogado sino que además al ordenarle como actuar al juez viola la división de poderes.

6) 1017 resulta muy amplia la enumeración de los actos que tienen que ser hechos por escritura pública -tales como todos accesorios a la escritura pública, la renuncia a la herencia- ello en reemplazo de la intervención del Juez. En igual sentido el 909 que incorpora el supuesto de pago por consignación extrajudicial nuevamente ante un escribano de registro.

7) 1047 al regular en la evicción pone en riesgo el derecho de defensa.

8) 1255 que al regular el precio del contrato de obra y servicios establece cierta limitación a las leyes arancelarias y su apartamiento cuando conducen a un monto de honorarios desproporcionados respecto de la labor cumplida. En efecto, consagra el libre juego de la oferta y demanda en materia de honorarios profesionales, lo que atenta contra las leyes de honorarios provinciales que establecen el carácter de orden público a los emolumentos de los abogados.- La crítica fundamental de este artículo se centra en que se sigue profundizando la

errónea política del art. 505 del actual Código Civil ( reformado por ley 24.432 ), que vulnera abiertamente las autonomías provinciales y violenta normas constitucionales expresas, como lo son los arts. 121 y 122 de la Ley Fundamental.

9) 1644 en efecto, con el fin de evitar prácticas desleales en el ejercicio de la profesión frecuentes en materia de daños y perjuicios se sugirió agregar a dicho artículo que regula los derechos que no pueden ser objeto de transacción incorporar lo siguiente: “*Toda transacción respecto de la acción civil sobre indemnización del daño causado por un hecho ilícito no se podrá hacer válidamente si no es homologada por el Juez que fuere competente, siendo aplicable lo dispuesto en el art. 1643, aun cuando no hubiere derechos ya litigiosos.*”

*El Juez podrá disponer todas las medidas que considere convenientes a fin de proteger efectivamente el interés de la víctima, pudiendo hacer comparecer personalmente a los interesados a ratificar la transacción o a brindar las explicaciones que estimare necesarias, aun cuando éstos actuaren a través de mandatarios con facultades especiales.*

*El pago de la transacción o sentencia homologatoria se efectivizará mediante giro judicial o depósito bancario a favor de la víctima o sus derechohabientes, aún en el supuesto de haber otorgado poder”.*

Asimismo, más allá de lo expuesto y de otras objeciones específicas se indicó con preocupación la invasión del anteproyecto en la regulación de áreas propias de otras disciplinas como las propias del derecho del trabajo. Y también recomendaciones respecto de la responsabilidad objetiva y responsabilidad por riesgo (art. 1757) que no fueron consideradas.

### **III.- CONCLUSIONES:**

1.-Por lo precedentemente expuesto, como cuestión central e inicial, el IDEL declara que el Anteproyecto no respeta la exigencia del debido, amplio y participativo debate previo entendido éste en términos razonables y adecuados a la envergadura de la normativa que se modifica, consistente nada menos que en los dos Códigos más importantes que rigen por completo la vida de las personas en la Argentina. En efecto, las cosas son más allá de las formas que se pretendan asignarle. No existió debate ni consenso por más que una vez elaborado el proyecto sin consultar a nadie se lo someta a consideración y durante los exiguos plazos en que se hizo.

Tampoco se han considerado las objeciones que se han efectuado. Por lo menos en el caso de FACA tal como se expresara en el presente.

La falta de consenso previo producto del debido debate se agrava aún más en un estado federal cuando se trata como en el caso de legislación de fondo que es común y uniforme en toda la nación.

La manda constitucional del dictado de los códigos (por su envergadura e implicancia para la vida de todos los argentinos) se entiende cumplida si hubo suficiente debate y participación con posterior consenso con anterioridad a su estado parlamentario. En ese proyecto resulta evidente que no ha existido consenso sobre temas de gran envergadura.

Tampoco se ha dado cuenta por la Comisión Bicameral creada para su tratamiento de una lista de todas las objeciones y su fundamento para su rechazo o admisión. Se limita a mencionar las ponencias y audiencias públicas realizadas sin siquiera indicar lo propuesto ni su consideración y que resulta todavía más grave por la magnitud de presentaciones que referencia. En efecto, da cuenta que hay innumerables cuestiones que requieren mayor debate y consenso previo. Más aún cuando ni se ha invocado el motivo de la urgencia.

Por otra parte, la necesidad de mayor debate en temas tan trascendentales como el de la Responsabilidad del Estado fue reconocido expresamente por el PEN en las modificaciones que propone y en el Dictamen de Comisión que lo aprueba y la solución que propone es regularlo en una ley especial, que ya cuenta con media sanción en la Cámara de Diputados cuyos términos resultan no menos reprobables. Ello así en tanto se pretende consagrar la virtual irresponsabilidad civil del Estado Nacional o al menos una notoria reducción de la misma, alejándose del principio rector de la plena responsabilidad de los Estados frente a la persona humana que caracteriza a las ideas y pensamientos reinantes a partir de la segunda guerra mundial que apartado del principio decimonónico de la soberanía irrestricta de los Estados, han puesto en un sitio superior a la defensa de los derechos de los ciudadanos y habitantes frente al avance de los Estados sobre los miamos.

2.-Esas ideas de las que se aleja el proyecto han motorizado la incorporación de nuestro país a los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos ( Pacto de S. José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros), actualmente incorporados a nuestra CN con la reforma de 1994-art. 75 inc.22) que obligan a los estados a disponer de normas que regulen la indemnización del Estado frente a los daños y perjuicios causados por éste a los derechos humanos básicos de los habitantes..

Lo anterior hace que el proyecto difícilmente logre superar, en este aspecto el necesario **test de convencionalidad** a hoy se encuentran sujetas todas las leyes de los Estados adheridos a esas convenciones.

3.-Además al establecer por medio de leyes separadas que no integran el marco del derecho común aspectos tan medulares como la responsabilidad del Estado se va desgranando la integridad y sistematicidad que requiere un código para caer en lo que toda codificación pretende evitar por razones de seguridad jurídica y de principios comunes..

4.-Todo ello amerita obrar con seriedad y prudencia, realizando un meditado nuevo análisis reflexivo y exhaustivo del proyecto frente a la nueva integración de ambas Cámaras legislativas en el año 2014 con amplia y abierta intervención de todos los representantes políticos para lograr el necesario consenso y aprobación social. Es importante la intervención participativa de todos los sectores del pueblo que hoy mira desconcertado este imprevisto y veloz emprendimiento sustancial cuyas características y alcances desconoce, para lograr los necesarios consensos legitimantes que merece y exige una reforma integral de un proyecto de vida como la que nos ocupa.

5.-Si bien la realidad social actual dista mucho de la existente al momento de la redacción de los Códigos, lo cual por sí solo indica la conveniencia de proceder a su adecuada actualización, pareciera que ese objetivo podría lograrse con mayor rapidez, facilidad y menores riesgos mediante la reforma parcial de los mismos en todos aquellos aspectos que se consideren necesarios para permitir su necesaria actualización, como en general lo han hecho todos los países del sistema del derecho escrito.

**Héctor Méndez (Vicepresidente 2º IDEL FACA) Gabriela Tozzini (Secretaria IDEL FACA)**