

Proyecto de unificación
de la
legislación civil y comercial

Opinión del Dr. Luis MOISSET de ESPANÉS

1.- Introducción

Una Comisión Especial de la H. Cámara de Diputados de la Nación encomendó a ocho calificados juristas la elaboración de un proyecto de unificación de la legislación civil y comercial. Los técnicos designados trabajaron arduamente durante casi un año y en los últimos días de abril de 1987 elevaron los resultados de su esfuerzo, que se concretaban en un proyecto de reformas al Código Civil y en la derogación del Código de Comercio, acompañado de unas "notas explicativas".

La opinión jurídica nacional comenzó a tomar conocimiento del proyecto en mayo, algunos merced a la gentileza de miembros de la Comisión técnica que lo había confeccionado, que nos hicieron llegar fotocopias del trabajo y -hacia fines de mes, o comienzos de junio- por la publicación de estos textos en ediciones de Astrea y Abeledo Perrot, advirtiéndose entre ellas algunas diferencias, que tendían a salvar errores deslizados en lo que podríamos denominar "primer borrador" presentado al Congreso. Se sumó luego una extensa planilla de correcciones, presentada a la Cámara el 16 de junio y creemos que con posterioridad, antes de recibir media sanción de Diputados en julio, deben haberse efectuado otros retoques, en especial vinculados con el privilegio de los créditos laborales que se veía seriamente afectado por los textos propuestos.

La H. Cámara de Diputados había solicitado a las Academias Nacionales de Derecho y a los Colegios de Abogados, hiciesen llegar con carácter urgente una opinión sobre el proyecto que estaba en consideración, y en la mayoría de las respuestas que se alcanzaron a enviar se señalaba que el tema tenía tal envergadura que su estudio serio requería plazos

prudenciales para que el examen de los textos propuestos no pecase de superficial.

2.- Necesidad de la unificación

La conveniencia de unificar la legislación civil y comercial no puede ser puesta en tela de juicio. Numerosos Congresos y Jornadas, tanto de comercialistas, como de civilistas, han votado recomendaciones en tal sentido, como bien lo recuerda el Dr. Héctor H. CÁMARA en el dictamen que ha hecho llegar a esta Academia.

En el Derecho Comparado la reacción contra el excesivo fraccionamiento del Derecho privado comienza ya el siglo pasado, con el primer Código suizo de las Obligaciones, y se acentúa a mediados de este siglo con el Código italiano de 1942, que trata en un solo cuerpo legal tanto del derecho civil, como del comercial y laboral.

En fecha más reciente el nuevo Código civil paraguayo, que desde el 11 de enero del corriente año ha reemplazado al Código de Vélez que se mantuvo en vigencia en el vecino país durante más de cien años, legisla de manera unificada el derecho civil y comercial, inspirándose en el modelo italiano.

En nuestro país, además de los pronunciamientos de certámenes científicos, la doctrina -desde la cátedra y el libro- ha bregado por la unificación e, incluso, durante mucho tiempo existió un Comité Pro Unificación de las obligaciones civiles y comerciales, presidido por Luis María BOFFI BOGGERO, y en el que Córdoba estuvo representada por el recordado maestro Dn. Pedro LEÓN, y el autor de este dictamen.

Ocupándonos del problema hemos propiciado, hasta tanto madurase la reforma legislativa, la modificación de los planes de estudio de nuestras Facultades de Derecho, de manera tal que se trataran conjuntamente las obligaciones y contratos civiles y comerciales (ver Memoria Explicativa y programa sintético de

Derecho Civil II - Obligaciones, en Bol. Fac. de Der. y C. Sociales de Córdoba, año XXXIV, 1970).

Cabe destacar, sin embargo, que casi todas las propuestas se limitaban a recomendar la unificación, pero fueron muy escasos los trabajos que previeran la concreción de esa unificación en textos legales, y cuando encontramos alguno, se refiere a temas específicos, como los privilegios, pero no al conjunto de la obra unificadora.

El Proyecto que comentamos tiene pues el elevado mérito de ser el primer trabajo global de unificación, a lo que se suma un destacado intento de modernizar instituciones, no solamente para ponerlas al día, sino también procurando por vía legislativa encauzar una futura evolución de los comportamientos sociales, objetivo ambicioso pero no desdeñable.

En tal sentido no podemos menos que aplaudir el proyecto que, como se ha dicho, "marca un hito trascendente", y desear que, tras una serena meditación y revisión, se concrete la reforma que unifique adecuadamente nuestra legislación civil y comercial.

Se cuenta ahora con un importante documento de trabajo, que constituirá un estímulo para que lo más granado de nuestra intelectualidad aporte su esfuerzo y pueda articularse una reforma que sea realmente provechosa para el desenvolvimiento jurídico-económico de nuestro país.

3.- Importancia de la reforma proyectada

Nuestro Código civil, a lo largo de más de 110 años de vigencia, ha sido objeto de numerosas reformas, algunas de ellas de real trascendencia, como la ley 17.711, de la cual llegó a decirse que había modificado la filosofía del Código, sustituyendo su espíritu liberal e individualista, por principios inspirados en la solidaridad social, que se reflejaban sobre todo en la incorporación de instituciones como la lesión, la imprevisión y

el abuso del derecho.

La sanción de esa ley, hace ya casi dos décadas, tuvo como principal inspirador al entonces Ministro del Interior, y fue justamente criticada por la falta de consulta previa a la opinión jurídica, que no conoció los nuevos textos hasta después de su sanción. Ese apresuramiento trajo como consecuencia que se deslizaran varias impropiedades, que debieron ser salvadas por una nueva ley, la 17.940, a la que se denominó de Fe de Erratas, y también se advirtieron lagunas por la ausencia de regulación adecuada de alguna de las instituciones que se incorporaba, como en el caso de la inscripción registral de las transmisiones inmobiliarias, lo que exigió el dictado de una ley especial que contemplase el problema, la ley 17.801, a la que debió dársele vigencia con fecha anterior a la de su publicación.

Sin embargo estos defectos de técnica legislativa no resultaron demasiado graves en razón de que la mayoría de las reformas que se introducían contaban con el aval de pronunciamientos ampliamente mayoritarios de la doctrina nacional, expresados en Congreso o Jornadas científicas, o consagraban interpretaciones jurisprudenciales, a veces realmente pretorianas, que de esta forma obtenían el respaldo expreso de un texto legal.

Hemos hecho estas referencias a la ley 17.711 porque el Proyecto que comentamos, comparado con aquella ley, es superlativamente más trascendente, tanto en lo cuantitativo, como en lo cualitativo.

Adviértase, en primer lugar, que esta reforma no afecta solamente al Derecho Civil, sino que se proyecta en todo el ámbito del derecho privado ya que -al menos formalmente- se deroga el Código de Comercio, se da independencia a las leyes especiales que antes estaban incorporadas a ese cuerpo legal, se retoca muchas de ellas y, sin contar los artículos derogados, se modifican casi 600 normas, a las que se les da un nuevo contenido, mientras que la ley 17.711 (solamente reformaba 200 artículos

del Código civil o sus leyes complementarias!

Pero la trascendencia del proyecto que analizamos no se vincula solamente con la cantidad de textos modificados, sino que se acrecienta por el espíritu que parece inspirar las modificaciones propuestas, pudiéndose afirmar ahora con más razón que al referirse a la ley 17.711, que hay un verdadero cambio en la filosofía de la ley.

En efecto, el legislador de 1968, al abrir las puertas al "solidarismo", dió un primer paso dentro de una evolución de ideas común por el sendero que transitan los sistemas jurídicos de la familia de derecho "romanista", manteniéndose fiel al principio propio de ese sistema, que coloca en primer lugar como fuente del derecho a la ley.

Aparentemente algunas de las normas proyectadas siguen transitando por ese camino, como sucede con el artículo 1157, que se refiere a los contratos con cláusulas predispuestas por adhesión a condiciones generales.

Sin embargo, y esto nos parece más importante, se acentúa una comercialización del derecho privado que, en aras a la rapidez y agilidad de los negocios, no siempre presta atención a la condición de la parte más débil, sino que acentúa la "libertad" de actuar o contratar, elimina del Código reglas específicas, y deja en manos de los jueces en numerosos casos la creación del derecho, inspirándose en principios propios del "common law", que por esta vía se insertan dentro de un sistema de derecho escrito, lo que configura, sin duda, la más innovadora reforma que se proyecta.

Esto se advierte en numerosas instituciones, e incluso en las previsiones relativas a la formación de la persona jurídica, o la constitución de sociedades; se proyecta también en la supresión de normas como las que prohibían el anatocismo, e incide en general en todo el tráfico económico, procurando se desenvuelva sin ataduras de ninguna naturaleza. Sin duda este espíritu que anima a la mayoría de los contratos reformados, es

totalmente contrapuesto al camino de solidarismo emprendido anteriormente por nuestra legislación.

No resulta posible, en tiempo tan escaso, analizar los textos proyectados para ver si armonizan con el resto del sistema, y si el injerto de estos principios que campean en el common law tiene posibilidades de funcionar adecuadamente en nuestro país.

Queremos destacar que no somos enemigos del cambio, ni le tememos. En alguna oportunidad hemos dicho que el propio Vélez Sársfield jamás creyó que su obra fuera inmutable o intangible; muy por el contrario, en todo momento fue consciente de que el permanente cambio social hacía necesario que el Código fuese, en su momento, analizado y puesto al día (ver nuestro "Las costumbres, la tradición jurídica y la originalidad en el Código de Vélez", por lo que escribió sin hesitar: "Un Código nunca es la última palabra de la perfección legislativa, ni el término de un progreso" (ver Abel Chagnetón: "Historia de Vélez Sársfield", Eudeba, Buenos Aires, 1969, p. 470).

Pero somos conscientes también, por los ejemplos que nos brinda el Derecho Comparado, que cuando el cambio se realiza por la vía del trasplante jurídico de instituciones correspondientes a otro sistema de derecho, suelen producirse fenómenos de rechazo y la tradición termina prevaleciendo, porque la realidad social se impone por sobre la simple voluntad del legislador, cuando éste pretende desconocerla (ver nuestro "Las costumbres...", y "Notas sobre el derecho civil turco", en Bol. Fac. de Der. de Córdoba, año XXXV, 1971, p. 311 y ss.).

4.- **Técnica legislativa**

Muchas veces hemos manifestado nuestra preocupación por la necesidad de que el legislador respete las exigencias de una adecuada técnica legislativa, en especial cuando encara reformas que afectan de manera fundamental el sistema jurídico vigente.

Una de esas exigencias es la de dar amplia publicidad a los anteproyectos y brindar participación no sólo a la opinión jurídica sino también a todos los destinatarios de las normas, es decir quienes se van a ver afectados por su aplicación. Se los somete así a una depuración que permite eliminar -dentro de lo humanamente posible, la mayor cantidad de defectos, y también verificar si el espíritu que anima las normas proyectadas se adecua al sentir social del medio destinado a ser regulado por ellas.

Así, por ejemplo, al modificarse el código civil húngaro en 1959, se dió previamente participación al Instituto de Ciencias Jurídicas y Políticas, Academia Nacional de Ciencias, Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas, Corte Suprema y tribunales de justicia, colegios de abogados y a todos los organismos sociales y del Estado que pudieran tener interés en la discusión del proyecto (ver nuestro "La lesión -art. 954 del Código civil- y algunos Códigos modernos", J.A., Doctrina 1974, p. 346 y SS.).

En Polonia la tarea de modificación del código comenzó en 1951; se elaboró un Anteproyecto que fue publicado en 1954 y sometido a discusión pública; se recibieron y difundieron las observaciones de que fue objeto; se las tomó en consideración y se publicó un nuevo Anteproyecto en 1955, pero este intento no logró consagración legislativa porque se estimó que el grupo de especialistas encargado de elaborarlo era poco numerosos y no había sido suficientemente representativo de la opinión jurídica del país, unido ello a que la discusión pública de los proyectos no había estado bien organizada. Se designó entonces una nueva comisión y se procuró someter todos los textos a un prolijo análisis público. En 1960 vio la luz un nuevo anteproyecto, que fue objeto de numerosas observaciones en las revistas especializadas, en los diarios, audiciones radiales, seno de las organizaciones sociales e instituciones científicas, participando en la discusión los órganos de arbitraje económico, los tribunales de

justicia y el ministerio público.

Estas consultas tuvieron innegable influencia sobre el texto del proyecto, que luego de varios meses de debate en 8 comisiones internas de la Dieta se aprobó en el año 1964, para entrar en vigencia un año después.

Algo similar en materia de difusión pública y discusión de los Anteproyectos sucedió con el moderno Código portugués de 1967, en el cual trabajó toda una generación de juristas durante 23 años, lográndose así un fruto maduro, acompañado por abundantes trabajos doctrinarios que sirven para aclarar el pensamiento de sus autores y facilitar la tarea de interpretación.

Hemos citado estos ejemplos porque estamos persuadidos deben ser tomados en cuenta por cualquier país que enfrente una tarea semejante, atento la fundamental importancia que tiene el conjunto del derecho privado para la vida de un pueblo.

Pese a que el proyecto que nos ocupa cuenta ya con media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación, creemos que debe sometérsele a una prolija revisión y, en su caso, introducirse todas las modificaciones que se consideren convenientes para mejorar su estructura y contenido.

Estamos convencidos de la necesidad imprescindible de que la legislación marche pareja con los cambios sociales, pero la tarea de reforma de leyes tan trascendentes debe ser el resultado de un esfuerzo prolijo y meditado, conocido y apoyado por la comunidad destinataria de esas leyes.

Queremos agregar a esta opinión algunas observaciones sobre aspectos particulares del proyecto que, a nuestro entender, deben ser objeto de meditación.

Por razones de tiempo y espacio nos limitaremos a esbozar los problemas y, en algún caso, proponer soluciones.

5.- Mantenimiento de la estructura del Código civil

La Comisión, al hablar de la "intención y método"

(capítulo II, A, de las "Notas explicativas"), expresa que "se mantienen el método del Código civil, y la numeración de sus artículos" (punto 2), agregando que quedan "números de artículos sin utilizar, pero ello no entorpecerá la facilidad de consulta del Código, que fue uno de los cuidados de los trabajos.

Consideramos que la Comisión en este aspecto ha obrado con verdadero acierto, y no compartimos las críticas que dirige el profesor Cámara a esos "blancos", ya que es frecuente que en la tarea de modernización de viejos Códigos se proceda de manera similar al reemplazar títulos o capítulos, para no afectar la estructura general de la obra. A guisa de ejemplo citaremos el Código francés donde con mucha frecuencia aparecen estos "blancos", y así en materia de regímenes matrimoniales, al final de la primera parte, han quedado abrogados los artículos 1492 a 1496, y luego en la segunda, al terminar el Capítulo II, se abrogan los artículos 1528 a 1535, y al finalizar el Capítulo III hay un "blanco" de veinticinco textos (artículos 1543 a 1568).

a) Derecho de retención

Se advierte, sin embargo, que no siempre el Proyecto ha utilizado el método que enuncia, y así al tratar del "derecho de retención", en el Título II, de la Sección Segunda, Libro Cuarto, se modifica innecesariamente la numeración de los textos, en lugar de mantenerla por la vía de dejar un "blanco" al final del Título I (Privilegios), que es ahora más reducido.

De esta forma el clásico artículo 3939 (número tan fácil de memorizar), que caracteriza la facultad de "retener", pasa a llevar el número 3892, con el agravante de que al reproducir el texto ha desaparecido un "le", de capital importancia, ya que puede afectar el requisito de la conexidad subjetiva. En efecto, el texto original del Código dice muy certeramente que la retención procede en razón "de lo que le es debido" a quien retiene, que no es lo mismo que decir "lo que es debido", ya que

si la deuda existe, aunque sea en razón de la cosa, pero con otra persona, no hay razón alguna para retener.

El cotejo de los nuevos artículos 3892 a 3898 con los vigentes artículos 3939 a 3946, demuestra que la Comisión se ha limitado a suprimir la última norma del título, para lo cual no era necesario cambiar la numeración.

6) Regulación de problemas ajenos a la Unificación

La Comisión en sus "Notas explicativas", al tratar de "algunos aspectos generales" (Capítulo II, B), anticipa en los puntos 21 y 22 su preocupación por establecer "bases legales para formas modernas de propiedad como los clubes de campo, centros de compra, cementerios privados y organizaciones de tiempo compartido", como también incorporar el derecho de superficie.

Sin duda estas reformas exceden la "unificación legislativa" del derecho civil y comercial, pero se ha querido aprovechar la oportunidad para "modernizar" el Código en materia de derechos reales.

Por el momento nuestras observaciones no se dirigirán al contenido de las normas proyectadas, sino solamente a la metodología empleada para incorporarlas.

Vemos así que el derecho de superficie se regula en una norma "kilométrica", que consta de nueve extensos párrafos carentes de numeración o distinción de cualquier tipo que permita individualizarlos con facilidad y rapidez. Queda además "desubicado" dentro del título de las restricciones y límites al dominio.

Estimamos que hubiera sido más correcto, en especial atendiendo al orden de enumeración de los derechos reales que se propone en la nueva redacción del artículo 2503, que se lo incluyera como Título IX-bis, después de las acciones reales y antes del usufructo. En tal caso los distintos párrafos podrían individualizarse como artículo 2806 bis, inciso a, b, c, etc.

De manera similar podría incorporarse la ley de propiedad horizontal como Título VIII-bis, al terminar el condominio, y antes de las acciones reales.

En cuanto a la admisibilidad de que se instituyan regímenes de propiedad horizontal para "cementeros privados", estimamos que el problema es demasiado conflictivo no solamente en cuanto la forma más adecuada de regulación, sino incluso sobre la conveniencia de que un servicio de tanta importancia se encuentre en manos privadas, lo que requeriría una decisión política específica sobre el punto, en primer lugar, y un estudio más profundo sobre el régimen regulatorio.

Parece oportuno, en cambio, que el Proyecto haya incursionado sobre la prescripción adquisitiva, pues la necesidad de unificar la prescripción liberatoria imponía la revisión integral de la correspondiente Sección del Código.

7) Omisión de temas

La contratación moderna ha dado nacimiento a formas que quizás debieron merecer atención en este Proyecto, como el "leasing", los contratos de transferencia de tecnología, o la comercialización y transferencia de los "software". No criticamos a la Comisión por haber guardado silencio sobre estos puntos; quizás haya considerado preferible esperar que se produzca una mayor consolidación antes de regularlos.

a) Mora del acreedor

En cambio, resulta imprescindible dar un tratamiento específico a la mora del acreedor, ya que desde el momento mismo en que se pasó de la mora "ex persona" a la mora "ex re", con relación al deudor, la aplicación analógica de esas normas a la situación del deudor se tornó muy difícil, o imposible.

Todos los sistemas jurídicos que adoptan la "mora

automática" para el deudor, deben consagrar normas especiales a la mora del acreedor y este vacío de nuestra legislación, señalado oportunamente por la doctrina, no ha sido salvado por el Proyecto de Unificación.

8) Puntos que no requerían reforma

En varias oportunidades el Proyecto ha incursionado sobre temas en los cuales la legislación vigente funcionaba sin problemas y, al parecer, no existía necesidad de modificación alguna.

En otras oportunidades se ha inclinado por soluciones que no cuentan con el beneplácito de la mayoría de la doctrina.

Procuraremos dar algunos ejemplos de manera muy concisa.

a) Tiempo de pago

El artículo 750 del Código civil expresa con mucho acierto que el pago debe efectuarse "el día de vencimiento de la obligación", y concluye con un punto final.

Esa regla general puede reconocer excepciones en casos particulares, pero debe mantenerse como regla; sin embargo el proyecto la desnaturaliza, colocando una coma en lugar del punto y agregando: "si es hábil, o el siguiente hábil, si aquel no lo fuera", solución que puede ser adecuada para algunos casos particulares, pero que no puede ser transformada en regla general.

¿Es que acaso el transporte aéreo prometido para un domingo, puede cumplirse válidamente el lunes? ¿O el servicio de bodas, fijado para el sábado a la tarde, realizarse el primer día hábil siguiente? O en nuestra zona rural, el que debe trabajar en una yerra el domingo, o levantar una cosecha, o atender el turno de riego, ¿pueden postergar el cumplimiento de sus

obligaciones para el primer día hábil?

Es cierto que en las ciudades, y en especial con relación a las obligaciones de dar sumas de dinero, que se cumplen en bancos, oficinas o comercios, los pagos se efectuarán solamente en días hábiles, pero ésa no es la regla general.

El artículo 750 debe mantener incólume el principio, sin perjuicio de efectuarle un agregado que podría rezar: "Cuando por los usos y costumbres el cumplimiento deba efectuarse en días hábiles, y el plazo venciese en uno inhábil, el pago se hará el primer día hábil siguiente", aunque la ausencia de norma para este caso particular no ha provocado problemas serios a nuestra doctrina.

b) Responsabilidad objetiva. Tarifación

El Proyecto se inclina por poner límites a la responsabilidad objetiva, dejando de lado la reparación integral postulada casi unánimemente por los civilistas.

Confesamos que -por nuestra parte- somos partidarios de la tarifación, pero esta postura ha merecido el rechazo expreso en Jornadas de Derecho Civil (Buenos Aires, 1981), aunque tenga aplicación en el ámbito del Derecho Marítimo o Aeronáutico.

Por otra parte la pauta elegida para fijar el límite, vinculándolo con el número de "damnificados directos", no resulta acertada, pues en tal caso si se destruye una cosa que tiene varios propietarios, los topes se multiplican.

Deberá pues meditarse serenamente si es conveniente aceptar la tarifación, y en caso afirmativo, regular adecuadamente los topes según que el daño lo sufran de manera directa "personas", o recaiga sobre "cosas" que integran su patrimonio.

c) Incumplimiento sin culpa

Se efectúa un agregado al artículo 514, destinado a

eximir a quien alegue que su incumplimiento no es culposo, que puede transformar en un campo de Agramante un tema que no ha provocado conflicto alguno que haga advertir la necesidad de reforma.

El afán de introducir una norma doctrinaria "novedosa", sin antecedentes que la justifiquen, puede convertirse en un arma que permita a deudores maliciosos entablar litigios, argumentando que su incumplimiento se produjo "sin culpa".

9) Reformas en materia de prescripción

La unificación del derecho privado en este punto, y su simplificación, eran una necesidad imperiosa. Los autores del proyecto aciertan en las líneas generales de la solución propiciada.

La tendencia a la reducción de los plazos de prescripción, que se acentúa en el mundo moderno, se refleja en la norma que fija el plazo ordinario en cinco años; sin embargo, la falta de norma especial prolongará la vida de las acciones de responsabilidad emergentes de un hecho ilícito, que deberían mantenerse en el plazo de dos años establecido por la reforma de 1968.

Debió retocarse también el artículo 954, para reducir el plazo de prescripción de la acción de nulidad por lesión, haciéndolo coincidir con los dos años que fija el artículo 3934 del proyecto para otras acciones de nulidad de los actos jurídicos.

Debió incluirse un texto equivalente al actual artículo 3963, para dejar aclarada debidamente la facultad de los acreedores y demás interesados en hacer valer la prescripción.

En lo que se refiere a prescripción adquisitiva de cosas muebles, el plazo de 20 años que fija el Proyecto en su artículo 3931 resulta excesivo, en especial para los casos del poseedor de buena fe que recibió la cosa a título gratuito, o para quien recibió una cosa registrable sin poder obtener la

inscripción a su nombre.

Este último caso, sobre todo, debió merecer una consideración especial pues es el que con más frecuencia origina problemas litigiosos; debió arbitrarse una solución para aquellos poseedores que de buena fe reciben la cosa del anterior titular registral, o sus sucesores, fijando un plazo mucho más breve. ¿Qué queda de un caballo pura sangre de carrera después de 20 años de posesión? ¿Qué razones hay para impedir que el poseedor de un automóvil durante veinte años consolide su posesión?

10) Conclusiones

a) El Proyecto que analizamos significa un valioso aporte, que debe ser tomado especialmente en consideración para obtener el resultado de unificar la legislación civil y comercial, y remozar nuestro derecho privado.

b) El texto que cuenta ya con media sanción de la H. Cámara de Diputados, debe ser objeto de la debida difusión y discusión públicas, brindando a todos los interesados oportunidad de analizarlo con prolijidad.

c) Después de esta revisión, e introducidas las correcciones que fuese menester, debe mediar un tiempo prudencial entre su sanción definitiva y la entrada en vigencia de la nueva ley, para permitir su correcta interpretación y aplicación.

Unificación de la legislación civil y comercial

Opiniones complementarias

Con fecha 7 de julio, es decir una semana antes del tratamiento del Proyecto por la H. Cámara de Diputados, la Comisión especial de unificación legislativa Civil y Comercial,

presentó una segunda planilla de rectificaciones (la primera había sido presentada el 16 de junio), que introduce cambios de singular importancia.

Estos hechos ponen de relieve la razón que nos asiste cuando reclamamos que la tarea de reforma se efectúe sin apuros intempestivos y se dé a la opinión pública en general, y a la jurídica en especial, oportunidad para un análisis meditado de las reformas que se propicia introducir en nuestro Derecho privado.

La Comisión técnica, que sin duda es la que ha dado su visto bueno a las planillas rectificatorias, demuestra de esta manera la amplitud de criterio con que ha trabajado, y una singular receptividad para escuchar las críticas constructivas que se han formulado al trabajo. Advertimos así, por ejemplo, que algunas observaciones que formulamos al Dr. Atilio Alterini a mediados de junio, en oportunidad de integrar un Tribunal de Concursos en la Facultad de Ciencias Económicas de Paraná, han sido receptadas en la planilla del 7 de julio, en especial las referidas al tiempo de pago (artículo 750), y a la fianza (artículos 1993 y 2000).

Esta actitud merece un cálido elogio, pues pone de relieve el espíritu que anima a los integrantes de la Comisión técnica, que no pretende imponer criterios personales, sino que se ha mostrado dispuesta a escuchar toda opinión que pueda contribuir a dotar al país de leyes más perfectas.

Creemos, sin embargo, que ello no es suficiente, y que una correcta técnica legislativa, especialmente cuando se trata de elaborar un proyecto de tanta magnitud, requiere que se fijen previamente por ley los principios generales de la reforma; producto de una decisión político-jurídica que debe conformarse con las necesidades de la época.

En segundo lugar, los proyectos elaborados deben someterse a discusión pública, otorgándose plazos suficientes para que las entidades y los particulares puedan analizarlos

prolijamente y formular todas las observaciones y críticas que consideren necesarias.

Pensamos que en manera alguna debe desecharse el Proyecto sancionado por Diputados, pero el Senado de la Nación, obrando de manera razonable, debería dar amplia difusión a los textos aprobados, y conceder un plazo de seis meses para recibir todos los dictámenes y observaciones que puedan hacérsele llegar.

Atento las características especiales que el caso presenta, sería conveniente que el H. Senado, que en nuestro sistema federal tiene la representación de las provincias, designase una Comisión Asesora integrada por juristas del interior del país, para que analizase el Proyecto y las observaciones que se reciban, y luego -juntamente con la Comisión Redactora- procediese a introducir al Proyecto todas las correcciones que fuesen menester, en especial para que tanto su contenido como su espíritu se ajusten a los principios generales adoptados como "bases" de la reforma.

Planilla del 7 de julio

a) Mayoría de edad y emancipación

Se ha decidido dejar de lado la "emancipación automática" prevista originariamente en el Proyecto, que era una forma disfrazada de establecer la mayoría en 18 años, y adoptar sin tapujos esa solución, que en la actualidad parece prevalecer en el Derecho Comparado, y en especial en los países en que impera el sistema socialista de derecho.

La reducción del límite de edad puede merecer críticas o elogios (personalmente nos hemos ocupado del tema en un breve trabajo publicado en El Derecho, al que remitimos, en donde expresamos nuestra convicción de que realmente no beneficia en lo más mínimo al menor, ni tampoco al orden social, pero es sin duda preferible una actitud franca, en la que se defina con

claridad lo que se desea hacer sobre el tema, en lugar del alambicado subterfugio de una "emancipación", a la que no se quería llamar "mayoría", pero que convertía en personas capaces, sin sujeción a la patria potestad, ni a otra forma de representación, a todos los que cumpliesen dieciocho años.

Frente a esta anticipación de la mayoría de edad, se torna totalmente innecesaria la "emancipación dativa" -introducida por la ley 17.711-, como también la "emancipación automática" que se proyectaba, y se vuelve en este aspecto al régimen del Código que solamente contemplaba la emancipación por matrimonio.

Las restricciones a la capacidad del emancipado establecidas en los artículos 134 y 135 no sufren mayo modificación, aunque se altera su orden, lo que contradice una de las reglas que la Comisión enuncia en sus Notas explicativas; en el inciso 3° de la última de esas normas, al establecer la prohibición de otorgar fianzas, se precisan dos cosas, a saber: a) que esta prohibición alcanza a cualquier tipo de garantías; b) que se refiere al caso de "obligaciones de otros", por manera que el emancipado podría constituir garantías o dar fianzas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que él mismo contrae.

Finalmente la referencia contenida en el nuevo texto del artículo 168 a la prohibición que tienen los menores de casarse "aunque estén emancipados", contempla sin mucho rigor técnico una hipótesis marginal: la de un sujeto que se emancipó por matrimonio y antes de cumplir los dieciocho años ese matrimonio quedó disuelto (nulidad, viudez o divorcio), conservando su emancipación (artículo 128), y pretende contraer un nuevo matrimonio.

Decimos que no hay rigor técnico en el dispositivo en cuanto requiere para este caso -tan hipotético- que el menor emancipado solicite autorización a "quien ejerza la patria potestad", o al "tutor", lo que no puede en manera alguna suceder, puesto que por hipótesis está emancipado.

En realidad la mención del menor emancipado en el artículo 168 se justifica en sistemas que contienen ambas formas de emancipación: la dativa, que puede ser revocada, y la emancipación por matrimonio, irrevocable. El dispositivo tiende a evitar que un menor que ha obtenido la emancipación dativa, ante la perspectiva de una revocación de su capacidad, se anticipe a contraer matrimonio y por ese camino transforme en irrevocable su situación de capacidad.

En cambio, cuando la única forma de emancipación admitida es la que se obtiene por matrimonio, y ésta es irrevocable (artículo 128), pareciera no haber justificativo para que ese sujeto, cuya capacidad ya no puede restringirse, si readquiere su habilidad nupcial y desea contraer un nuevo enlace necesite también otra autorización, que en este caso parecería que únicamente ha de corresponder otorgarla al juez, ya que esa persona no está sujeta a patria potestad.

b) Fin de la patria potestad y de la tutela

Se dejan sin efecto las modificaciones que se había propuesto introducir en los artículos 306 y 455, manteniéndose las previsiones del Código sobre la forma en que acaban la patria potestad y la tutela.

Al disminuirse el límite de la mayor edad a los 18 años y suprimirse la emancipación "automática", se tornaba innecesario retocar los mencionados artículos, lo que justifica el cambio introducido en esta planilla.

c) La fianza

Después de la ardua tarea de un Tribunal de Concursos en Paraná, a las 6 de la mañana de un sábado cruzamos con el Dr. Atilio Alterini hasta Santa Fe, pero al llegar al aeropuerto de Sauce Viejo nos encontramos con la ingrata sorpresa de que el

vuelo de Aerolíneas había sido cancelado y debimos esperar hasta después de las dos de la tarde un nuevo vuelo. Aprovechamos esas horas conversando en el bar del aeropuerto sobre diversos aspectos del Proyecto y allí, en una servilleta de papel, el Dr. Alterini tomó nota de algunas de mis reflexiones.

Una de ellas se refería precisamente a la fianza, donde me parecía advertir poca coherencia entre el artículo 1993, cuyo último párrafo establecía que "las personas físicas no pueden renunciar causales de extinción de la fianza, ni los beneficios de excusión y división", y el primer párrafo del artículo 2000, que de manera terminante disponía que "los beneficios de excusión y división pueden renunciarse".

La intención de la Comisión redactora del proyecto estaba enderezada, sin duda, a permitir esta renuncia solamente a las personas jurídicas, pero nos parecía conveniente aclararlo, como se ha hecho en la planilla del 7 de julio, para evitar confusiones o críticas (ver en el diario "La Voz del Interior", Córdoba, 3 de agosto de 1987, primera sección, p. 9, unas declaraciones del Prof. Mario Piantoni sobre este punto, que resultan tardías, porque en la sanción de la Cámara de Diputados ya no existe esa presunta contradicción).

Pero el problema más serio, a nuestro entender, provenía de la posible armonización del segundo párrafo del artículo 2000, con el ya mencionado artículo 1993, que de manera general disponía que los beneficios de división y excusión no eran aplicables a los "fiadores solidarios".

¿Qué resultaba de ello? Pues, pese a la prohibición de renunciar a tales beneficios, que reflejaba la intención del legislador de fortalecer el carácter tuitivo de la norma con relación a las personas físicas, podía el acreedor imponer su ley, reclamando que el fiador asumiese el carácter de "solidario", y eso solo bastaría para eludir la prohibición de renuncia!

Creemos que estas reflexiones han motivado el agregado que la planilla del 7 de julio ha hecho al segundo párrafo del

artículo 1993, que ahora expresa: "Las personas físicas no pueden otorgar fianzas solidarias ni renunciar a causales de extinción de la fianza o a los beneficios de excusión o división", y también la aclaración que se realiza en el artículo 2000, en cuanto a que sus dispositivos son de aplicación a las personas jurídicas.

Quizás sea menester meditar detenidamente sobre estas modificaciones que se proponen en el contrato de fianza, ya que podría suceder que se produzca un efecto no querido por el legislador: hacer que los acreedores se nieguen a aceptar como fiadores a las personas físicas y exijan como garantes solidarios a personas jurídicas; o busquen como subterfugio no mencionar para nada que se trata de una fianza y hagan que quien solamente debería cumplir una función de garantía ingrese directamente como codeudor solidario.

Si tal cosa sucediera se agregaría una tarea adicional a nuestros magistrados, que deberían desentrañar si la figura del codeudor responde a la realidad de los hechos, o enmascara una fianza en la que se ha querido burlar la prohibición impuesta por el legislador.

d) Derecho de retención

Señalamos al Dr. Alterini, en aquella oportunidad, la omisión de un "le", en el artículo 3892 del proyecto, que nos parecía de importancia fundamental para caracterizar adecuadamente el requisito de "conexidad" subjetiva, que exige una reciprocidad en las condiciones de acreedor y deudor y se une a la "conexidad" objetiva que debe existir entre el crédito que motiva la retención y la cosa retenida.

No nos extenderemos sobre el punto, porque lo hemos expuesto con más detalle en nuestro primer dictamen, del que éste solamente es un complemento, limitándonos a señalar que se ha restaurado en la norma propuesta la literalidad del artículo 3939

del Código civil.

Deseamos, sin embargo, señalar que la derogación del actual artículo 3946, y su reemplazo por el inciso 2 del artículo 3885, si bien es metodológicamente inobjetable, contribuye a reforzar lo que algunos han denominado el "superprivilegio" del retenedor, pues suprime uno de los requisitos que la ley establecía para que pudiese prevalecer sobre los créditos hipotecarios o que gozasen de privilegio especial sobre la cosa, en caso de entrar en conflicto con ellos.

En efecto, para tales hipótesis -y en virtud de las previsiones que sobre el punto incluyó la ley 17.711- el retenedor debía acreditar que comenzó a ejercitar esa facultad con anterioridad, solución que lo único que tenía de criticable, quizás, era el que no establecía la forma de probar esa prelación temporal.

Ahora, en cambio, el retenedor tendrá un privilegio superior a cualquier otro crédito, cualquiera sea la fecha en que haya comenzado a ejercitar sus facultad de retención, lo que puede conducir a resultados injustos, e incluso facilitar que se burle la garantía hipotecaria, por la vía de crear con posterior un "retenedor" del inmueble!

e) Tiempo de pago

Este punto ha sido objeto de estudio en nuestro primer dictamen, y también fue analizado en la conversación con el Dr. Alterini.

En la planilla del 7 de julio se restablece el principio de que la prestación debe ejecutarse el día de vencimiento de la obligación; ésta es la regla, y las previsiones que se agregan respecto a los días hábiles, o la hora oportuna, se limitan a introducir excepciones que rigen en casos especiales.

Consideramos que se trata de una oportuna corrección,

que pone las cosas en su justo lugar.

f) Martilleros

Por vía de la modificación al artículo 30 de la ley 20.266, y al agregado de dos normas (artículos 31 y 32), la legislación nacional avanza nuevamente sobre un terreno que la Constitución reserva a las provincias, aunque se diga que lo hace "sin perjuicio... de la legislación local pertinente".

Pero, aunque se aceptase la constitucionalidad de estos dispositivos que fijan condiciones habilitantes e inhabilitantes, parece especialmente cuestionable el inciso f) del artículo 32.

Es cierto que el mencionado dispositivo reproduce otro similar que se encontraba en el primitivo artículo 2 de la ley 20.266, y que se menciona en muchas leyes provinciales de ejercicio profesional, no sólo de la actividad de corredor y martillero, sino incluso de algunos Colegios de Abogados.

¿Por qué se impide inscribirse en la matrícula a todos los inhabilitados del artículo 152 bis del Código civil? ¿Se olvida acaso que los intereses protegidos en cada uno de los incisos de ese artículo son muy distintos? Si bien es cierto que cuando se trata de toxicómanos o débiles mentales (incisos 1 y 2), el sujeto padece limitaciones a su capacidad que pueden justificar no se le permitan actividades profesionales que requieren especial experiencia y responsabilidad; no sucede lo mismo en el caso de la prodigalidad, donde la finalidad de la ley es proteger a la familia contra la disipación del patrimonio.

Si se prohíbe a los pródigos ejercer actividades profesionales, en lugar de proteger a sus familias se las coloca en peor situación, lo que sin duda no ha sido el propósito del legislador al disponer que pueda inhabilitárselos.

Por otra parte, resulta curioso que no se mencione entre las personas que no pueden ejercer esas profesiones a los dementes, ¡cuya incapacidad sin duda es realmente inhabilitante!

Y me permito efectuar esta reflexión por una experiencia personal, ya que la reproducción de un dispositivo semejante al que criticamos en la ley de colegiación de los abogados de una provincia vecina provocó que cuando quise matricularme en ella me exigieron que acompañase un certificado del Registro Civil en el que constase que no padecía la inhabilitación del artículo 152 bis..., ¡pero no se preocuparon por solicitarme una certificación de que no me habían declarado demente...!

Y si estos detalles pueden quizás justificarse en leyes reglamentarias, resulta inadmisibles en las leyes de fondo que en punto a capacidad se limitan a fijar las categorías de personas capaces e incapaces, y el tipo de actos que les están permitidos o prohibidos, ¡sin pretender enumerarlos exhaustivamente!

Conclusión

Las opiniones que formulamos tienen la doble limitación de la falta de tiempo para un análisis profundo de un proyecto tan importante por la magnitud de los cambios que propone, y de la falta de conocimiento del texto realmente aprobado por la Cámara baja.

Pese a ello, y quizás por causa de ello, ratificamos la conclusión que expusimos en nuestro primer dictamen: es indispensable la difusión y discusión pública amplia del proyecto.