

EL PROYECTO DE UNIFICACION DE LA LEGISLACION CIVIL Y COMERCIAL

Durante el mes de octubre de 1987, la Facultad de Ciencias Jurídicas organizó un ciclo sobre "El Proyecto de Unificación de la legislación Civil y Comercial", en homenaje a la memoria del Prof. Dr. Werner Goldschmidt. Dos conferencias sobre el tema mencionado fueron dictadas, en ese ciclo, por los Dres. Guillermo Borda y Alberto Gaspar Spota, que incluimos en este número de la Revista.

* * *

CONFERENCIA DICTADA POR EL DR. GUILLERMO BORDA*

El proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación, que ha recibido media sanción por parte de la Cámara de Diputados, importa una sustancial reforma de nuestro derecho privado que obliga a una cuidadosa reflexión. Es sorprendente la inusitada celeridad con que la Cámara de Diputados ha aprobado el proyecto, sin tomar la precaución elemental de consultar a los mejores juristas de nuestro país, y muy especialmente, sin someter el proyecto a la consideración y estudio de las Academias Nacionales de Derecho y de los Institutos de Derecho Civil y Comercial de las universidades nacionales. Resulta inaceptable que se vote a libro cerrado un proyecto de la complejidad y trascendencia de éste, por diputados que en su mayor parte no tienen conciencia clara de lo que han votado.

* Texto de la conferencia dictada por el Dr. Guillermo Borda en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador el 8 de Octubre de 1987 en homenaje al Dr. Werner Goldschmidt.

Esta precipitada sanción ha provocado la consiguiente alarma en vastos sectores del mundo jurídico argentino. Recientemente se reunieron en Mercedes, Provincia de Buenos Aires, los integrantes de los Institutos de Derecho Comercial de los Colegios de Abogados de Mercedes, Bahía Blanca, Lomas de Zamora, Morón, San Isidro, San Martín y Mar del Plata, los que aprobaron la siguiente declaración:

"Los participantes del quinto encuentro de Institutos de derecho comercial del Colegio de Abogados de la provincia de Buenos Aires, reunidos en la ciudad de Mercedes (Bs. As.) y como conclusión de sus deliberaciones, sienten el deber de hacer pública su profunda preocupación ante la inminencia de la sanción definitiva del proyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación, y ello por cuanto:

I. Consideran que la metodología adoptada en el caso por los autores e inspiradores del proyecto, se ha dado dentro de un marco de marginación de algunos hombres del derecho del país, cuya opinión, expresable a través de Academias, Universidades, Institutos, Organos de la Colegiación, etc. no ha sido consultada en ningún momento.

II. Que la expresada actitud no se compece con la exigencia participativa que de suyo entraña el sistema democrático y con la publicidad propia de la forma republicana de gobierno.

III. Que en el curso de este quinto encuentro y como precipitado del análisis de un importante número de ponencias es dable afirmar que el proyecto en cuestión, sin perjuicio de expresar en muchos aspectos importantes avances, ofrece otros reparos".

Coincidiendo con esta preocupación, la Comisión especial designada por el Colegio Público de Abogados de Buenos Aires para tratar el proyecto se expidió solicitando a la Presidencia del Colegio que se dirigiera con toda urgencia a la Cámara de Diputados de la Nación, peticionando que no se trate el proyecto de ley referido hasta tanto se realicen las consultas suficientes con los centros de estudio y juristas especialistas en las respectivas disciplinas que abarca el proyecto: la nota fue firmada por eminentes juristas argentinos, entre otros, por Augusto César Belluscio, Alberto G. Spota, Alberto D. Molinario, Dalmiro Alsina Atienza, Héctor Roberto Goyena Copello, Antonio Boggiano, Manuel Adrogué.

También se expidió en igual sentido el Colegio de Abogados de Buenos Aires; y por su parte, la Cámara Argentina de Comercio, no sólo adhirió a este pedido de medida, sino que señaló algunos peligros graves que ocasionaría la sanción del proyecto.

Se hace necesario, por consiguiente, hacer un llamado al Senado de la Nación para que no incurra en igual ligereza y someta el proyecto a un detenido estudio.

Cabe recordar que la elaboración del Código suizo de las obligaciones llevó nueve años; que la del Código Civil alemán 10 años, que la del Código italiano de 1942 llevó también largos años de estudio. En todos estos países los proyectos originales fueron sometidos al estudio de distintas Comisiones y juristas, de lo que resultó una obra cuidadosamente elaborada y de un mérito tal que pudo superar en Alemania el período nacional socialista y en Italia, el fascismo.

Aunque algunas de las reformas propuestas constituyen un acierto, el Proyecto se hace pasible de muy serias observaciones. A mi juicio, uno de los más grandes errores es haber sustituido la regulación de los contratos civiles contenida en el actual Código Civil, por una nueva, mucho menos completa, prolija y clara. Para dar una idea general de las amputaciones de que ha sido objeto el Código Civil, daré algunos números. El contrato de compra-venta que en Código Civil cuenta con 111 artículos, ha sido reducido en el Proyecto a 44 artículos; la cesión de derechos tiene en el Código 51 artículos y en el Proyecto, 20; el mandato tiene en el Código 116 artículos y en el Proyecto, 31; la fianza cuenta en el Código con 65 artículos y en el Proyecto, 27; la gestión de negocios tiene 23 artículos y en el Proyecto, sólo 3.

Da la sensación inequívoca de que muchos artículos del Código Civil han sido suprimidos, no por una razón de mejor técnica y conveniencia legislativa, sino para dar lugar a los nuevos contratos e instituciones que se incorporan a su texto. Y aún suponiendo que no se comparta la opinión de que en esta materia es muy superior el Código Civil al Proyecto, aún admitiendo por vía de hipótesis que la nueva reglamentación que se propone fuera mejor desde el punto de vista de la técnica jurídica, es un grave error sustituir la vieja y conocida legislación por otra nueva por el sólo prurito de perfeccionamiento técnico.

Un viejo Código es como un viejo amigo: conocemos sus virtudes y sus defectos y sabemos cómo aprovechamos de aquéllas y precavemos de éstos. Todas sus disposiciones han sido sopesadas, analizadas, por agudos juristas y jueces. Toda una labor de análisis más que centenaria quedaría perdida. Una nueva legislación es un salto en el vacío que expone muchas veces a desagradables sorpresas.

Sostengo, por tanto, que la reforma del Código Civil sólo se justifica cuando existe una razón de fondo, no de mera técnica jurídica para hacerla servir a una más moderna concepción del derecho, para hacerla concordar con las nuevas tendencias sociales imperantes en nuestros días. Pero hay que detenerse allí y no reformar por el sólo prurito de perfeccionamiento técnico, sin trascendencia social. Esto en el caso de que se pensara que el Proyecto es superior al punto de vista técnico al Código Civil. Punto de vista que estoy lejos de compartir. Por el contrario, pienso que el espíritu del Código queda no ya reformado, sino destrozado por la Reforma.

Y aquí cabe considerar la conveniencia de la unificación de la legislación civil y comercial. La cuestión está ciertamente muy discutida y ha dado lugar a soluciones divergentes en la legislación comparada. En lo que a mí respecta, pienso que esa unificación es inconveniente. El Código Civil es la expresión del humanismo en el derecho; se dirige al hombre como tal, sin distinción de cualidades o profesiones. Lo sigue desde su concepción en el seno materno, lo protege en su minoridad, legisla sobre la familia, las relaciones conyugales y paterno filiales, se ocupa de sus derechos patrimoniales y sus responsabilidades, y finalmente, se ocupa de su muerte y de las consecuencias patrimoniales que derivan de ella. El Código de Comercio tiene, en cambio, un campo específico, propio de los comerciantes y de los actos mercantiles. Se trata, por lo tanto, de sectores distintos de la vida humana. Y lo grave es que el Proyecto está tan influido por el criterio comercialista, que un distinguido Juez Profesor de derecho Comercial, el Dr. Buty, ha podido decir que lo que se ha derogado no es el Código de Comercio, sino el Código Civil. Esto no significa empero, que no sean susceptibles de unificación ciertas materias como obligaciones y contratos. Pero considero que no debe irse más allá, ni abarcar otras.

Es importante señalar, además, que la Comisión que los proyectó se ha excedido en su cometido de unificación de los derechos civil y comercial, al legislar sobre personas físicas y crear un nuevo derecho real, el de superficie.

Respecto de las personas físicas, el Proyecto trae una novedad importante. De acuerdo con el texto elevado por la Comisión de Unificación a la Cámara de Diputados (y que fuera publicado por la Editorial Abeledo-Perrot con autorización y prólogo del Presidente de la Comisión) el menor se emancipaba de pleno derecho al cumplir los 18 años de edad. La única limitación a la capacidad de los emancipados era que no podían disponer de los bienes recibidos a título gratuito. Sin embargo, pocos días antes de la sanción por la Cámara de Diputados, la Comisión introdujo algunas reformas al proyecto. Una de ellas consistió en dar un paso más y establecer lisa y llanamente que la mayoría de edad se adquiere a los 18 años (art. 126). Debo reconocer que esta solución se adecua a una fuerte tendencia moderna en la legislación comparada. Han establecido que la mayoría de edad se adquiere a los 18 años; Francia (ley del 5 de julio de 1974), Italia (ley del 8 de Marzo de 1975), España (artículo 12 de la Constitución Nacional), Méjico (ley del 31 de Enero de 1970), Ecuador (ley de 1970), Perú (nuevo Código Civil, art. 42), los países regidos por el "common law" y los de la órbita soviética.

No obstante tan importantes apoyos de la legislación comparada, no comparto esta solución. Y llama la atención que esta tendencia a rebajar la edad de la mayoría no esté de acuerdo con las conclusiones de la psicología moderna. Psicólogos tan eminentes como L.J. Stone, J. Church y Peter Blos, entre otros,

dan por sentado que la adolescencia se prolonga hasta los 20 años. Y el psicólogo citado en último término, Peter Blos, en su magistral obra, "Psicoanálisis de la adolescencia", agrega que "en la actualidad existe una tendencia a prolongar la adolescencia, debido a las complejidades de la vida moderna. Esto, desde luego, no carece de efectos en los individuos jóvenes y a menudo pone una carga excesiva en el potencial adaptativo."

Llama, por consiguiente, la atención esta tendencia de la legislación moderna a rebajar a 18 años la edad de la mayoría a contrapelo de las conclusiones de la ciencia psicoanalítica. No parece razonable dar a un adolescente, a un chico de 18 años, la plena capacidad jurídica para disponer libremente de los bienes recibidos en herencia, legado o donación. Si lo que se pretendía era favorecer la situación de los menores que han cumplido esa edad, el propósito está sobradamente cumplido con la solución dada por la ley 17.711: el menor que ha cumplido 18 años puede celebrar contratos de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante; el menor puede disponer libremente los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos (art. 128). La mayoría a los 18 años parece favorecer más a los padres que a los hijos, ya que aquéllos quedan automáticamente desligados de su obligación alimentaria, en una edad crítica, en la cual los hijos requieren un fuerte apoyo de sus padres. Esto, sin contar las consecuencias previsionales: a los 18 años, los jóvenes pierden el derecho a la pensión que les corresponde por muerte de sus padres.

En cuanto al derecho de superficie, me parece un grave error incorporarlo al elenco de nuestros derechos reales. A mi juicio, conservan plena validez los motivos por los cuales Velez Sarsfield eliminó este derecho, según lo explica en la valiosa nota al art. 2503. En suma, dice que el derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos entre los propietarios de la tierra y el superficiario. A ello podemos agregar que este derecho, no parece consultar ninguna necesidad de nuestro régimen inmobiliario.

En cuanto a las personas jurídicas, el Proyecto se limitó a definir las por exclusión. En el art. 30 se dice que todos los entes que no son personas físicas y tienen capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones son personas jurídicas; y el art. 33 dispone que todas las personas jurídicas que no son públicas, son jurídicas privadas. Creo que es necesario dar una idea más clara de lo que son las personas jurídicas. Y hago notar que el Código Civil italiano (que tan en cuenta ha sido tenido por los reformadores) en su art. 12 las enumera. Creo pues conveniente mantener la redacción del art. 33: son personas jurídicas privadas las asociaciones, las sociedades, las fundaciones y toda entidad que conforme a la ley tenga capacidad para adquirir derechos o contraer obligaciones.

Por lo demás, el art. 33 del Proyecto contiene una disposición sorprendente: las personas jurídicas pueden ser constituidas o continuar con un sólo miembro o ninguno, mientras tengan aptitud para funcionar. Esta idea de que se pueda constituir una persona jurídica sin ningún miembro (salvo lo que diremos más adelante de las fundaciones) no resulta comprensible. Arauz Castex ha escrito lúcidamente: "Es claro que aunque en la persona jurídica termine la imputación que hace la ley, de todas maneras tendremos que encontrar seres humanos al cabo de una verdadera y completa imputación jurídica, porque el derecho no se da sino entre hombres. Pero las imputaciones que hace la ley que instituye el derecho han terminado allí y no nos conducirán en este último tramo. Según ella el sujeto de derecho es una persona de existencia ideal. Desde esta punta de rieles hasta encontrar el hombre u hombres que estamos buscando, tendremos que seguir a pie por otros caminos normativos. Estos están trazados en los estatutos los cuales dirán, por ejemplo, quienes son los accionistas de la sociedad anónima, cómo ellos deben celebrar asambleas para decidir acerca de la administración, goce y disposición de los bienes de la sociedad, quienes están habilitados para realizar los actos correspondientes, como se distribuyen los beneficios, etc."

Como se desprende de estas lúcidas palabras, el derecho se da siempre, en su imputación final, entre hombres. Por ello resulta inconcebible que las personas jurídicas puedan constituirse sin ningún miembro. Sólo hay una especie de persona jurídica que carece, en sentido estricto, de miembros: son las fundaciones, que tienen sólo administradores y beneficiarios. Pero afirmar de toda persona jurídica que puede constituirse sin ningún miembro, significa olvidar lo evidente: que las relaciones jurídicas se dan siempre, en su verdad última, entre hombres.

Otro defecto del Proyecto es haber eliminado las disposiciones del Código Civil respecto del principio y fin de las personas jurídicas. Es necesario que la ley establezca claramente cuando comienza la vida jurídica de las personas de existencia ideal y cuando termina ella.

Pasemos ahora a la regulación propuesta de los instrumentos privados. El art. 1012 del Proyecto establece que la autenticidad de la firma de los instrumentos privados puede ser probada por cualquier medio. De esta manera, bastaría para tenerla probada con la declaración de dos testigos complacientes, lo que es peligrosísimo. Es preferible la redacción del actual art. 1033 que, para el caso de que la firma no fuera reconocida, ordena el cotejo de letra que debe ser hecho por peritos, sin perjuicio de que se admitan otras pruebas corroborantes. Cuando la firma ha sido desconocida por la persona a la cual se atribuye, no puede tenérsela por reconocida sino por pruebas concluyentes. Y no hay otra prueba concluyente que el dictamen de peritos designados judicialmente: las otras pruebas pueden corroborar ésta pero no sustituirla.

Igualmente peligroso es el art. 1013 del Proyecto, según el cual la fecha de un instrumento privado puede ser probada por cualquier medio respecto de terceros. Se rompe de esta manera con las prudentes disposiciones del actual art. 1035 que limita rigurosamente los medios o hechos que dan fecha cierta a un instrumento respecto de terceros. Es claro así que el sistema proyectado facilita la colusión de las partes firmantes de un instrumento privado. El instrumento podrá ser antidatado o postdatado y se podrá fabricar la prueba que permita oponerlo "erga omnes". Los perjudicados con tales maniobras estarán prácticamente inermes y sin defensa. Esta es una prueba más de cómo el espíritu comercialista de la Reforma destruye añejas y sólidas instituciones de nuestro derecho civil.

Me detendré ahora en el nuevo art. 623, inc. 1. Sabido es que nuestro codificador, tan liberal en materia de intereses como que no ponía límite alguno a su monto, prohibió expresamente el anatocismo en el actual art. 623. Esa prohibición tiene carácter de orden público; es nulo todo pacto en contrario y la defensa puede oponerse en cualquier estado del juicio, pues como lo han declarado los tribunales, deben prevalecer las razones de interés general que la inspiran sobre consideraciones de mero orden procesal.

Esta prohibición del anatocismo, hondamente arraigada en nuestra tradición jurídica, es eliminada por el proyectado art. 623, inc. 1, que expresamente lo permite. Y esta reforma resulta particularmente alarmante en un momento de nuestra economía en el que los intereses mensuales han trepado hasta el 20%. Un instrumento típico de que se vale la usura queda así legitimado.

Verdad es que el proyectado art. 624 atenúa la gravedad de la norma anterior al disponer que los jueces pueden reducir los intereses adeudados por personas físicas, cuando excedan en tal medida el costo habitual del dinero en los mercados financieros para deudores y operaciones similares, que deba considerarse que su estipulación constituyó un aprovechamiento abusivo de la situación del deudor. Pero cabe formular dos observaciones: la primera, que para lograr una reducción de los intereses convenidos sobre intereses, es necesario afrontar un juicio de resultado siempre incierto, atento a la permisividad del art. 623, inc. 1; probablemente los deudores se resignarán a pagar intereses usurarios antes que llevar la cuestión ante los tribunales y afrontar el peligro de perder el juicio y cargar además con las costas: la segunda observación es que no se advierte razón por la cual sólo las personas físicas tendrán la oportunidad de pedir la reducción de intereses usurarios, porque si la usura en sí misma es un azote social, no existe causa no aplicar igual solución a las personas jurídicas.

Una atención especial merece el propuesto art. 1197. Empieza reproduciendo el texto actual: "Las convenciones hechas en los contratos forman para

las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma". Pero donde el texto actual concluye, el texto propuesto agrega "si las circunstancias que determinaron para cada una de ellas su celebración y fueron aceptadas por la otra o lo hubieran sido de haberseles exteriorizado, subsisten al tiempo de la ejecución". Se puntualiza en primer lugar, que las circunstancias en que se celebró un contrato, no pueden ser aceptadas existan o no, porque son ajenas al contrato en sí mismo.

Además, la inseguridad que esta disposición crea en torno a la fuerza obligatoria de los contratos es muy grave. ¿Qué debe entenderse por las circunstancias que determinaron para cada una de ellas su celebración? ¿Los motivos que los indujeron a contratar? Se entra así en un terreno resbaladizo, muy peligroso. Supongamos que un padre compra, por boleto de compra venta, un departamento para regalárselo a su hijo que ha cumplido la mayoría de edad. El vendedor sabe que ese era el motivo que lo determinó al comprador a cerrar la operación, porque se lo dijo incidentalmente durante las conversaciones que coincidieron con la celebración del contrato. Supongamos también que el hijo a quién se pensaba regalar el departamento muera en un accidente antes de la escritura. De acuerdo con la norma proyectada, el comprador puede negarse a cumplir el contrato. Pero el vendedor ha dispuesto ya de la seña recibida; la anulación del contrato le provoca serios perjuicios.

Demos un paso más, supongamos, lo que es frecuente, que se trate de operaciones encadenadas: el vendedor ha comprado a su vez otro departamento, contando con la seña recibida y con el saldo de precio a recibir. ¿Qué pasa con esta segunda operación? ¿Queda afectada por la invalidez de la primera, con lo cual se operaría una cadena de nulidades o este segundo contrato queda válido, en cuyo caso el primitivo vendedor que después compró se encontraría en la imposibilidad de cumplir con las obligaciones contraídas? Por lo demás, el texto proyectado no establece cuál es la consecuencia del cambio de circunstancias: ¿el contrato es nulo? ¿qué pasa con las prestaciones ya cumplidas?

La perplejidad se acentúa cuando se leen las notas explicativas de la Comisión sobre este artículo. Después de decir que la norma es una aplicación de la teoría de la base del negocio jurídico, se agrega: "Por ella se da relevancia a las circunstancias que una parte declaró y la otra parte aceptó o hubiera aceptado si se le hubieran formulado, era determinante para su celebración. La expresión incorporada no indica cuales son las consecuencias de la alteración de estas circunstancias, salvo que ellas no harán que el contrato ya no sea vinculante "como la ley misma", lo cual no equivale a decir que no será vinculante en absoluto. Ello abre el camino a la adecuación o adaptación de los contratos y a los otros remedios que resulten equitativos según las circunstancias".

Cabe preguntarse: ¿obliga o no ese contrato? ¿Cuáles son "los otros reme-

dios" que permiten anular o alterar las condiciones del contrato? No creo equivocarme si afirmo que esta disposición creará un estado de incertidumbre respecto de cualquier contrato y será un instrumento eficaz para que deudores de mala fe opongan dilaciones y chicanas a su obligación de cumplir lo pactado.

Es muy distinto el supuesto de aplicación de la teoría de la imprevisión. En este caso se trata de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, que tomaran excesivamente onerosa la prestación de una de las partes. Hay un motivo objetivo que justifica que la parte perjudicada por ese acontecimiento pueda pedir la reducción de las prestaciones excesivas o la anulación del contrato. La solución es justa y ha dado lugar a una aplicación riquísima desde que se dictó la ley 17.711 que la incorporó a nuestro Código.

Es importante aclarar que el Proyecto mantiene la vigencia de la teoría de la imprevisión, lo cual hace más incomprensible este primer párrafo del proyectado art. 1197. Y a propósito de la teoría de la imprevisión, es necesario señalar un acierto del proyecto. El texto incorporado por la ley 17.711 a nuestro Código sólo menciona el derecho de la parte perjudicada por el acontecimiento extraordinario e imprevisible a pedir la resolución del contrato. Esto dio lugar a una larga controversia doctrinaria y jurisprudencial acerca de si la parte perjudicada podía pedir no sólo la resolución del contrato, sino también la reducción de las prestaciones excesivas. En un primer momento la jurisprudencia pareció uniformarse en el sentido de que la parte perjudicada podía optar entre pedir la resolución del contrato o la reducción de las prestaciones excesivas. Pero a partir de un artículo publicado por el Dr. Abelleira en la Ley, la cuestión se replanteó y numerosos fallos han resuelto que sólo puede pedir la resolución, siendo el derecho de pedir la adecuación del contrato una facultad exclusiva del demandado. Es una mala solución. No resulta razonable que se reconozca al accionante lo más, es decir, el derecho a pedir la resolución del contrato, y no lo menos, esto es, la reducción de las prestaciones excesivas. El Proyecto resuelve acertadamente la cuestión, reconociendo al actor el derecho a pedir, ya sea la resolución del contrato, ya sea su adecuación.

El proyectado art. 1197, en su redacción primitiva -la que fue elevada como proyecto de ley a la Cámara de Diputados- establecía lo siguiente: "Los contratos deben celebrarse, ejecutarse y cuando no correspondiere la interpretación restrictiva, interpretarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión". Lo que significaba nada menos, que los contratos de interpretación restrictiva podían interpretarse aun de mala fe. La Comisión fue advertida del grueso error que suponía tal redacción y encontrándose ya el Proyecto impreso y elevado a la Presidencia de la Cámara, fue sustituido por otro que reproduce textualmente el actual art. 1198: "los contratos deben celebrarse, ejecutarse e

interpretarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión". Hasta aquí no hay observaciones que formular. Pero el texto propuesto sigue con disposiciones pasibles de severas observaciones.

Dice así: "Para la interpretación: 1) se tomará especialmente en cuenta la literalidad de los términos utilizados, cuando proceda la interpretación restrictiva; 2) en los otros casos se tomará especialmente en cuenta: a) la finalidad y economía del contrato, de acuerdo con lo que fue la intención común de las partes al contratar; b) la intención de cada una de las partes al contratar, en cuanto la otra parte la hubiera conocido u obrado con la debida diligencia hubiera debido conocerla; c) el sentido que razonablemente hubiera dado a la manifestación de cada una de las partes una persona en la situación y de las condiciones de la otra; d) los actos de cada parte anteriores a la conclusión del contrato y las prácticas antes establecidas entre ellas y en sus otros negocios, con cuyo mantenimiento hubiera podido razonablemente contar la otra parte; e) la conducta de las partes después de concluído el contrato y en particular, la vinculada con su ejecución; f) los usos y costumbres del lugar de celebración del contrato".

Como puede apreciarse, el artículo proyectado distingue entre los contratos de interpretación restrictiva (en los cuales debe tenerse especialmente en cuenta la literalidad de los términos empleados) y los otros contratos respecto de los cuales deben tenerse especialmente en cuenta otras circunstancias que se enumeran. Cabe notar en primer término, que el Proyecto no nos dice cuáles son los contratos de interpretación restrictiva, de modo que el intérprete se encuentra perplejo ante este vacío legal. Pero además esta distinción entre contrato de interpretación restrictiva y los que no lo son carece de significación jurídica. Aplicado a la interpretación de los contratos, el principio de la buena fe significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales. El Juez, puesto a dirimir una controversia, debe preguntarse qué efecto hubiera atribuído a la declaración una persona honorable y correcta, obrando con cuidado y previsión. Es por ello que no puede aceptarse la reserva mental para excusar el cumplimiento de las obligaciones; ni puede pretender una de las partes que ella atribuía a las palabras empleadas un significado distinto de aquél que verdadera y normalmente tienen. Al Juez sólo debe preocuparle el significado normal de la declaración, ya que ésta es la única base sobre la cual puede descansar la buena fe en el tráfico comercial y en los negocios jurídicos.

Los Jueces ingleses, cuyo agudo sentido práctico ha sido tantas veces ponderado, llaman regla de oro de la interpretación a aquella que prescribe inter-

pretar las palabras de acuerdo a su significado gramatical y ordinario, salvo que conduzcan al absurdo o la contradicción. Estos principios también han sido aplicado reiteradamente por nuestros jueces, y desde luego son aplicables a todo contrato, sean de interpretación restrictiva o no. Las otras reglas enunciadas por el proyectado art. 1197 son también aplicables a todo contrato, sean o no de interpretación restrictiva, porque no son sino la expresión del principio de la buena fe aplicado a las relaciones contractuales.

Cabe señalar un acierto en la norma proyectada. Según el art. 218, inc.6 del actual Código de Comercio, el uso y práctica generalmente observados en casos de igual naturaleza y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato, prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras. El artículo proyectado, en cambio, da mayor importancia a los usos y costumbres del lugar de celebración del contrato. El lugar de celebración del contrato es donde las partes viven y conocen. Es natural, por tanto, que sean esos usos los que se tomen en cuenta para la interpretación de las palabras empleadas. Es la solución generalmente aceptada en el derecho comparado. Un Tribunal de Nueva York resolvió que un contrato celebrado en Alemania por alemanes debe interpretarse en Estados Unidos de acuerdo con el derecho germánico y con el significado que las palabras tienen en dicho idioma.

Este largo art. 1197 del Proyecto, termina con unas disposiciones interesantes: "En los contratos predispuestos a) las cláusulas especiales prevalecen sobre las generales, aunque éstas no hayan sido canceladas; b) Las cláusulas incorporadas prevalecerán sobre las preexistentes; c) Las cláusulas ambiguas serán interpretadas contra el predisponente; d) Si el no predisponente fuera una persona física se hará en sentido favorable para él. Se presumirá su liberación si es dudosa la existencia de una obligación a su cargo, cuando existan dudas sobre el alcance de su obligación, se estará a la que le sea menos gravosa".

Esta disposición, en general acertada, no hace sino recoger lo que nuestra jurisprudencia ha decidido constantemente en los casos de contratos predispuestos o de adhesión. Sólo cabe observar el último inciso en cuanto dispone que si el no predisponente fuese una persona física, la interpretación se hará en el sentido favorable para él. No se ve razón para no aplicar la misma solución a las personas jurídicas tanto más cuanto que muchas veces, éstas no hacen sino ocultar a una persona física que es la verdadera titular de los derechos y la que en definitiva, toma las decisiones relativas a la actuación de la persona jurídica y a los contratos que ella suscribe. Hubiera sido preferible eliminar este inc. d) bastando con lo que decide el inciso anterior (las cláusulas ambiguas serán interpretadas contra el predisponente), sin distinguir entre personas físicas y jurídicas.

El proyectado art. 1113 rompe con el clásico principio de nuestro derecho privado según el cual la reparación derivada de la responsabilidad extracontractual, debe ser integral. La nueva disposición establece un límite de dos mil pesos argentinos oro por cada damnificado directo. En las notas explicativas se dice que se han tomado en cuenta los antecedentes del Código aeronáutico y de la ley de navegación. Un especialista en derecho de la navegación, el Profesor Simone, afirma que tal limitación contenida en aquellas leyes no obedece a ningún principio jurídico ni ético ni de justicia; se funda simplemente en una razón económica: la necesidad o conveniencia de proteger a las empresas de navegación marítima o aérea contra el riesgo de tener que indemnizar integralmente a las víctimas de un accidente que puede ocasionar centenares de ellas. Aún en aquellas materias, la limitación de la responsabilidad puede llevar a consecuencias tan injustas que la Corte Constitucional italiana en sentencia del 20 de Enero de 1979 ha declarado inconstitucional una disposición similar de la legislación de aquel país.

Llevada al plano del derecho común, aquella limitación no tiene justificación alguna. El mismo Profesor Simone refiere los curiosos antecedentes de los cuales resultó una limitación de 2.000 pesos argentinos oro. Dice que el Código Aeronáutico sancionado por Ley 17.285 fijaba como unidad de cuenta el argentino oro. "Este argentino oro equivalía entonces a 60 dólares estadounidenses aproximadamente y representaba cinco pesos argentinos oro". "Sin que todavía pueda ser explicado, en el proyecto elevado al Poder Ejecutivo Nacional, que habría de ser sancionado como ley 20.094, se cambió la unidad de cuenta de argentino oro por peso argentino oro por lo cual las indemnizaciones resultantes quedaron disminuídas en cinco veces".

Advertido este error, cuando se hallaba el proyecto a consideración de la Cámara de Diputados, se eliminó la palabra "pesos" con lo que el límite fijado por la ley es tan elevado que con seguridad no ha de tener ningún significado práctico. Pero el principio de la limitación sigue siendo erróneo.

Veamos ahora algunas disposiciones del Proyecto referidas a la prescripción de las acciones. El art. 3901 en su segundo párrafo dispone "que transcurridos veinte años desde la realización del acto, no se admitirá ninguna acción personal, aunque sea reipersecutoria, tendiente a privarlos de efectos por unidad, revocación, resolución o cualquier otra causa".

Cabe preguntarse: ¿cómo puede prescribir una acción en cuya procedencia está interesado el orden público, como ocurre en el caso de las nulidades absolutas?

Si la nulidad es relativa, las circunstancias de que quién tiene la acción de nulidad deje transcurrir el plazo legal de prescripción, puede legítimamente interpretarse como una confirmación tácita.

Pero la nulidad absoluta es por su propia naturaleza imprescriptible y el acto no susceptible de confirmación. No importa pues el tiempo transcurrido para decretar una nulidad en la cual está interesado el orden público, la moral y las buenas costumbres.

No se ve tampoco qué propósitos persigue la norma propuesta. Si lo que se quiere es asegurar la estabilidad de los derechos, no se comprende el interés en asegurar la estabilidad y permanencia de los efectos jurídicos de un acto que repugna a la moral.

Tampoco resulta acertada la norma en cuanto cierra totalmente las posibilidades de revocar un acto, a pesar de que se hayan dado las condiciones legales para que la revocación pueda tener lugar. Supongamos el caso de una donación. Pasados 20 años, el donatario comete un acto de ingratitud. Es injusto negarle al donante la posibilidad de dejar sin efecto la donación, tanto más cuanto que su acción de revocación recién ha nacido después de cumplido el plazo legal. Otro ejemplo que demuestra el desacierto de esta norma: un padre que tiene dos hijos y que quiere favorecer a uno de ellos más allá de lo que la ley permite, simula venderle cuantiosos bienes a su hijo preferido, ocultando una donación bajo la apariencia de una compra-venta. El hijo perjudicado tiene pruebas de que se trata de una donación encubierta, pero en vida del padre carece de toda acción, ya que éste tiene perfecto derecho a donar los bienes a quien quiera. Recién a su fallecimiento nacen las acciones de colación y reducción y recién en ese momento el hijo perjudicado puede probar la simulación. Sin embargo, la proyectada norma le niega acción si han transcurrido 20 años del acto simulado, lo que es a todas luces injusto.

También es objetable el proyecto en cuanto unifica todos los plazos de prescripción fijándolos, salvo los muy restrictivos supuestos de los arts. 3934 y 3935, en el término de 5 años. No parece razonable reconocer igual plazo de prescripción a las acciones derivadas de los contratos y de los hechos ilícitos. Respecto de éstos, el plazo de 5 años es excesivo. Las cuestiones derivadas de los hechos ilícitos, deben dirimirse con la mayor rapidez posible, dentro de lo razonable. El Código de Velez fijaba un plazo de un año, que fue extendido a dos por la ley 17.711. Es más que suficiente, tanto más cuanto que la prescripción puede ser interrumpida por una vez mediante el requerimiento fehaciente (art. 39, inc. 5 del Proyecto).

Supongamos el caso tan frecuente de un accidente de tránsito. El silencio durante 5 años da derecho al demandado a presumir que la acción no se intentará. En ese plazo, además, pueden haberse perdido las pruebas que acrediten la culpabilidad del actor o la concurrente, pruebas que generalmente consisten en testigos que pueden haberse muerto o desaparecido de su domicilio, sin que el demandado tenga la posibilidad de dar con ellos. Todo ello demuestra la necesi-

dad de que la acción por daños y perjuicios de un hecho ilícito tenga aún plazo de prescripción más breve que el propuesto.

En esta exposición me he limitado, además de hacer unas reflexiones de carácter general, a poner de manifiesto algunos serios errores del Proyecto en lo que atañe a la Parte General del Derecho Civil y de las obligaciones. Puntualizar detalladamente otros errores en que incurre en la vasta materia abarcada por el Proyecto excedería con mucho el marco de tiempo en el que me he debido encuadrar.

Pero no quiero terminar sin dejar de manifestar que si me he referido casi exclusivamente a los errores del Proyecto, no por ello dejo de reconocer que tiene también algunos aciertos. Para incorporar éstos a nuestro Código, no es menester una reforma, que so color de parcial, es en realidad total. Lo razonable y prudente hubiera sido tan sólo tocar los puntos en que esa reforma era aconsejable, tal como lo hizo la ley 17.711 y como lo han hecho Francia, España, Alemania, países de los cuales hemos abrevado nuestro derecho privado. En esos países sigue vigente el viejo Código, con las reformas precisas y circunscriptas que aconsejaban los nuevos tiempos.

Si esta Reforma es aprobada, lo que tendremos es un Código que habrá perdido la claridad, la prolijidad, la unidad de criterio, que han dado prestigio universal a la obra de Velez Sarsfield. En otras palabras, tendremos un Código invertebrado.

* * *

CONFERENCIA DICTADA POR EL DR. ALBERTO GASPAR SPOTA*

a) Conveniencia de la unificación de la legislación Civil y Comercial

La unificación de la legislación Civil y Comercial - tal como lo sostuvo entre nosotros el Prof. René Demogue - tendría que ser tal que abarcara Latinoamérica. Empero, esto es un plan de máxima. Por ahora es suficiente que nues-

* Texto de la Conferencia dictada por el Dr. Spota en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador el 27 de octubre de 1987.

tro país siga la orientación que ya señaló el Cód. Fed. de Oblig. y Contratos suizo, puesto que su libro V constituye el C. Fed. de Oblig. y Contratos, que unifica la materia civil con la mercantil.

El C.C. italiano de 1942 es el que llevó a cabo, con indudable acierto, la unificación de la legislación civil y comercial. Reconozco que existen Códigos modernos, como el C.C. portugués de 1966, que han persistido en la distinción entre el C. Civil y el C. de Comercio. No obstante, las ventajas de un C. único de derecho privado resultan evidentes si se tiene en cuenta que -como bien lo señalara Ch. Laurent- los actos objetivos de comercio a que se refiere el art. 8 de nuestro C. Comercio los realizamos tanto los comerciantes como los que ejercemos la actividad mercantil.

Como lo explica Mario Rotondi -quien fue esforzado defensor de la unificación civil y comercial italiana- en su obra *Derecho Privado, el derecho comercial va surgiendo más que en el derecho romano en el derecho intermedio*, cuando las corporaciones de artesanos y comerciantes ya no sólo se limitan a las convenciones entre sus miembros, sino también a las que llevan a cabo frente a quienes no integran su sistema corporativo. De más en más, esas transacciones -sigue afirmando Rotondi- no llevan consigo la nota de un nuevo derecho, sino de lo que integra el derecho común, puesto que implica un derecho atinente a los que no ejercen el comercio.

Fueron las Ordenanzas de Colbert -bajo Luis XIV- las que determinaron las reglas a las cuales quedaba sometido el comercio terrestre, así como el comercio marítimo. Esto tiene consagración en el C. de Comercio francés del año 1804, que contiene una frondosa enumeración de los actos objetivos de comercio, o sea, de aquellos actos jurídicos reglados por el C. de Comercio aun cuando fueron celebrados por quienes no ejercieran ese comercio. Es ello lo que -como ya se indicó- llevó a cabo el art. 8 de nuestro C. de Comercio, sin tener significación normativa que esos actos fueran realizados por quienes no fueran comerciantes, es decir, por quienes no ejercieran con habitualidad tales actos mercantiles (art. 1, C.Com.).

Si como decía Charles Laurent, desde la cuna hasta la tumba todos celebramos actos objetivos de comercio, resulta inconvincente que perdure un C. de Comercio que rige independientemente de quienes celebran los actos objetivos de comercio. En consecuencia, se está siempre ante el llamado "derecho común", sin perjuicio de que se dicten normas más propias del derecho público administrativo, como los son aquellas reglas legales referentes a la matriculación de los comerciantes, a sus funciones en la intermediación, a la necesidad legal de llevar contabilidad. Esa contabilidad únicamente regiría en materia de sociedades de tipo especial (arts. 62 a 65 del Anexo del Proyecto de unificación legislativa), así como para las personas individuales (las llamadas "personas

físicas" del Proyecto), en cuanto lleven a cabo actividades tendientes a la producción o intercambio de bienes o servicios de modo organizado, o resulten titulares de "establecimientos" (es decir de empresas) comerciales, industriales o de "servicios"; o sea, que no se trate de la empresa agropecuaria, ni tampoco de servicios de profesionales, o de aquellos supuestos en los que, "por el column del giro", no aparezca conveniente la inscripción en el Registro Público o la pertinente "contabilidad", y todo según "determine cada jurisdicción local" (art. 1016 del Proyecto cit.)

No está de más señalar que la indicada salvedad -las disposiciones del derecho administrativo es esencialmente local por disposición de nuestra C.N. - implica la necesidad de que el legislador "civil", o sea, el legislador nacional, no debe entrometerse- como, por el contrario, lo hace el Pr.- en una materia de exclusivo conocimiento del legislador provincial o, en su caso, propias del derecho municipal, en tanto no esté en el ámbito delegado por la C.N. al poder central. La materia probatoria ha de ser, en esto, de regulación por ley nacional, pero el "modo" de brindar esa prueba ha de ser del resorte del derecho local, sea el derecho administrativo, sea el derecho procesal (art. 67, inc. 11, "in fine", C.N.)

En sustancia: ni procede conservar el C. de Comercio, correspondiendo sólo un C. de derecho privado o C. Civil, ni tampoco ha de la materia mercantil en lo que es propio del derecho civil (aprehendido éste en sentido estricto), porque implicaría desfigurarlo sin ventajas ni científicas, ni de auténtica unificación de la legislación civil y mercantil.

b) Alcance y extensión de la unificación

La unificación debe tener un alcance amplio, o sea que ha de abarcar todo lo atinente al derecho privado, y aun ha de comprender el derecho del trabajo, puesto que el art. 67 inc. 11, C.N. prevé que el Congreso sancione el Código del Trabajo y de la Previsión Social. Resulta inconvincente, ante la estimativa jurídica, que perduremos con la terminología del art. 1623 ("locación de servicios") y mucho menos que no se distinga entre el trabajador intelectual y el profesional liberal que celebra el contrato de obra intelectual o "locación de obra intelectual", omisión en la que incurre el Proyecto (arts. 1624 a 1627). El referido Proyecto, en esa materia de tanta significación social, se limita a incluir entre las normas "complementarias" la ley de trabajo 20.744 con la supresión de los arts. 269, 270 y 273, lo que implica un reenvío a un texto legal, perdiendo la oportunidad de brindar ese Código de Trabajo y Previsión Social que el constituyente, con acierto, quiso.

Del mismo modo, debe señalarse como esa pobreza franciscana del Pro-

yecto surge en una materia de notable trascendencia normativa como lo es el derecho intelectual reglado por la ley 11.723, que requiere una puesta al día, como así también los textos legales del derecho industrial, sobre todo en materia de patentes de invención.

Los ejemplos dados resultan suficientes para mostrar que el Proyecto resulta, ante la técnica legislativa, diminuto.

c) Técnica y método de la unificación

La unificación de la legislación civil y mercantil y, por ende, el nuevo Código de Derecho Privado (se lo llame o no "Código Civil" como ocurre con el C. Civil italiano o con el mismo C. Civil suizo) exigen una labor cuidadosa que impone requerir de las Universidades y Centros de Estudio la pertinente intervención.

El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal había designado una Comisión que funcionó a mediados del año 1987. Sólo pudo reunirse en seis ocasiones ya que ese Colegio dispuso que cesara la misma, puesto que se constituiría oportunamente el pertinente Instituto de Derecho Civil.

Esa Comisión, integrada por juristas y profesores de derecho civil y de derecho comercial entendió, por mayoría de votos, que procedía que el mencionado Proyecto fuera objeto de estudio y que el Colegio Público de Abogados así lo hiciera saber a la Cámara de Diputados de la Nación. Sin embargo, tal decisión de la Comisión de Estudio del Proyecto careció de consecuencias porque el Colegio Público de Abogados resolvió que tal Comisión se disolviera.

d) Análisis de algunas materias del Proyecto de unificación legislativa

1. El "Casing" involuntario

El estudio del Proyecto de ley de unificación de la legislación civil-mercantil no puede limitarse a la exposición que se formule analizando algunos aspectos del mismo. Se requiere una labor de gabinete, en el cual las distintas Comisiones que se encarguen de analizar la iniciativa legislativa discutan detalladamente sobre cada uno de los preceptos que integran esa iniciativa de legislación. Ello brindará la oportunidad, no sólo de aprobar, modificar o desechar cada norma que se considere, sino también de complementar la labor legislativa. Como ejemplo puede brindarse el del negocio fiduciario: no se concibe una legislación moderna que vaya a la zaga de las adelantadas legislaciones que han adoptado el negocio de "trust" o fiduciario sobre la base, en buena medida, de un fideicomisario que demuestre su solvencia económica, como puede ocurrir con una institución bancaria oficial.

Un ejemplo de cómo se debe considerar cada precepto que se pretende sancionar lo constituye el contrato de leasing. En el art. 1345 del Proyecto se habla del pacto de reserva de dominio en la compraventa, en el sentido de que se "entrega" la cosa (¿la posesión?) con opción de compra, considerándose las cantidades entregadas como el "precio por el uso".

Con ello no se tiene en cuenta la necesidad en que se halla el comercio inmobiliario de establecer para la locación un plazo que no se limite a los 10 años para casa-habitación (art. 1505 del Proyecto, que admite los 50 años para los demás supuestos locativos). Aun más, se exige que el contratante con cláusula de leasing no adquiriera la posesión para que ésta no implique el obstáculo legal en caso de incumplimiento contractual del adquirente; lo adverso a ello torna imposible ese comercio inmobiliario que exige rápida solución de los conflictos ante un adquirente moroso o incumpliente. Es por eso que bien se ha considerado recurrir al negocio fiduciario o revocable para que halle recepción el leasing inmobiliario. Brindar la posesión al adquirente importa acordarle aquel derecho real legítimo que le confiere el art. 2355 (ref. ley 17.711). La necesidad de acoger solución al problema que tanto ha preocupado a los cultores del derecho notarial, como lo revelan las reuniones científicas dedicadas por el C. de Escribanos de la Cap. al tema, no ha recibido ninguna satisfacción en el proyecto, como si todo se tratase del leasing mobiliario.

2. La responsabilidad profesional

Para brindar otro ejemplo de cómo las soluciones deben ser analizadas antes de sancionarse una ley que innove tan profundamente el derecho civil -so pretexto de su unificación con el derecho comercial-, es suficiente hacer referencia al editorial de un periódico intitulado: "Justificada inquietud de los médicos", donde se hace hincapié en el art. 1625. Por este precepto se determina que, tratándose de las profesiones liberales -o sea, no sólo la del médico, sino la del notario, del letrado, del arquitecto o ingeniero, entre otras, incluyéndose la del contador- le atañe a ese profesional "la prueba de la prestación adecuada del servicio", así como de la "consecución" del "resultado" si del pacto o de las "circunstancias" se infiere que tal prestación de resultado se prometió.

Es el caso de establecer si se está -tratándose del profesional liberal que no se halla en relación de subordinación jurídica frente al empleador- ante una situación de obra intelectual. Esto implica una obligación de resultado (el "Erfolg" de la doctrina alemana) y, por ende, le atañe al profesional, para eximirse de responsabilidad contractual, probar que alcanzó el resultado inmediato (no el resultado mediato, inherente al contrato de asunción de riesgo como lo es el restablecimiento del paciente, el éxito en el litigio que se patrocina, la aplicación del art. 1051, in fine; aún en el supuesto de la venta instrumentada ante el

notario en el caso de falsedad material del documento de identidad con el que actúa el llamado "ladrón de inmuebles", empleando el lenguaje de Juan Antonio Bibiboni cuando se refería a la usurpación de inmueble, y obrando el autorizante, según una tesis que no aceptamos, con menoscabo de su fe de conocimiento, la factibilidad de la "llave" calculada por el contador o quien se dedique a los estudios actuariales o económicos-financieros.

Empero, una parte de la doctrina y aun de la praxis judicial pretende que el médico sólo asume una obligación de "medios", para afirmarlo en la terminología que nos brindara René Demogue. Entonces, en el art. 1625 del Proyecto -que parece coparticipar en esa orientación inconvincente de la doctrina o jurisprudencia- debió explicitarse qué se entendía por las "circunstancias", al emplear este "standard" jurídico con el fin de indicar que las mismas pueden ser reveladoras del pacto de resultado, aunque fuere objeto de una declaración indirecta ("tácita") de la voluntad contractual.

3. Procedencia de la derogación del C. de Comercio (sin que implique comercializar las típicas instituciones del derecho civil).

Así como no cabe mantener el C.Com., tampoco debe introducirse la materia mercantil en el derecho civil. De esta manera, no procede generalizar la regla de que el acto mercantil no se presume gratuito (art. 218, inc. 5, C.Com.); menos corresponde admitir la usura a través del anatocismo, extendiendo tal anatocismo a la cuenta corriente bancaria y por pacto a la cuenta corriente no bancaria. Se admite así la capitalización de los intereses, o sea, el interés compuesto, (art. 1931 y 1941). Pero también se admite el anatocismo mediante convención que celebra el mutante con el mutuario (art. 623, inc.1).

El C.C. it. de 1942 bien se niega a seguir este camino que hará latir alegremente el corazón de los dedicados a convenir el anatocismo.

Conviene reproducir el art. 1283, CC it. de 1942: "A falta de usos contrarios, los intereses vencidos pueden producir intereses sólo desde el día de la demanda judicial o por efecto de convención posterior a sus vencimientos, y siempre que se trate de intereses que se deban por seis meses". Como se observa, se trata de la prudencia del vigente art. 623 del C. de Vélez, debiendo tenerse presente el anatocismo que sólo admite el C.Com. en materia de cuenta corriente mercantil y cuenta corriente bancaria (arts. 788 y 795). En cuanto al mutuo, el art. 569, C.Com. sigue el camino prudente que señaló el derecho francoitaliano (art. 1283 C.C. it. de 1942 y art. 1154, C.C. francés que mereció recepción en el art. 569 de nuestro C.Com.)

La comercialización del derecho civil se observa en materia de derecho de familia. Ello a través de los contratos asociativos que pueden celebrarse verbalmente (art. 1650), sin ninguna garantía sobre la aplicación de lo dispuesto

en el art. 1277 de nuestro C.C. ref. por ley 17.711, en cuanto a que la capitalización de las utilidades -que son bienes gananciales- puede celebrarse a nombre de cualquiera de los socios y teniendo en cuenta que un socio no representa -salvo acto expreso- al otro socio (art. 1656 y un socio puede actuar a nombre propio, deviniendo sólo el acreedor o deudor (art. 1655). Con ello más fácil es defraudar a un cónyuge y violar el notable principio del art. 1277 en amparo de los bienes gananciales registrables. Esto significa la quiebra patrimonial del matrimonio.

4. Principios Generales del Derecho: el Derecho Consuetudinario.

El art. 16 del C.C. se refiere a los principios generales del derecho. El nuevo art. 16 del Proyecto lo mantiene pero le da jerarquía posterior a "los usos y costumbres".

Ello importa dos errores: el primero, no tener en cuenta la jerarquía doctrinal de los principios generales del derecho, o sea, los que derivan del derecho comparado, aprehendiendo las legislaciones de los países de igual estilo de vida que el nuestro y sobre la base del régimen democrático de gobierno; el segundo error consiste en que no se tiene presente que con la innovación establecida no se "unifica" la leg. civil con la mercantil, puesto que los arts. II y V del Tít. preliminar del C.Com. se refieren al efecto de los contratos y de los hechos para darles el alcance que les brindan las costumbres, o bien para indicar el sentido de los términos técnicos e interpretar los contratos. No se trata de establecer las reglas aplicables frente a la laguna de la ley, sino de establecer el alcance de lo contratado sobre la base de la "voluntad presunta de las partes" (art. II tit. prel.), decidiendo, así, la interpretación de actos y convenciones (tit. prel. art. V).

Por lo demás, todo ello no concuerda con el nuevo art. 17 del C.C. Por esta norma, rechaza el legislador la teoría de la plenitud hermética del orden jurídico dada sobre la base del principio de legalidad constitucional, si este principio se quiere -como corresponde- que prive frente a la norma escrita, o bien, frente a la norma consuetudinaria en los casos en que las leyes se refieran a ella. Esto es porque el nuevo C.C., derivado de la ley 17.711 de 1968, acoge el derecho consuetudinario frente a la laguna de la ley. Esta profunda transformación, que en 1968 sufrió el C. de Vélez, resultó letra muerta para el Proyecto, introduciendo las costumbres aun cuando el caso quedaba relegado por la extensión de la ley a los supuestos análogos y por los principios generales del derecho. De ahí el orden de prelación que olvidó el Proyecto: a) interpretación literal (aunque sin olvidar la estimativa jurídica); b) la extensión analógica y la analogía (v. gr., el enriquecimiento sin causa); c) los principios generales del derecho; d) el derecho consuetudinario por tratarse de supuestos no reglados

por la letra, la extensión analógica, la analogía jurídica y los mentados principios generales.

5. Las personas jurídicas.

La terminología legal que en el Proyecto se auspicia resulta inconvincente. Por un lado, se habla de la persona jurídica; por el otro, de la "persona física". Reconozco que en la doctrina francesa ello se admite sin fundamento convincente, como ocurre con Marty y Raynaud.

Empero, aparece como más aceptable la terminología del C. de Vélez que, siguiendo a Freitas, nos habla de personas de existencia visible y personas jurídicas. Los art. 30 y 32 del C. vigente resultan de una lógica simple innegable, aún cuando a lo de "existencia ideal" de las personas jurídicas habría que imponerles el realismo jurídico y la necesidad de hablar de "persona" siguiendo la doctrina italiana (Cariota-Ferrara, Pugliatti, Ferrara), sobre la base de distinguir el sustrato material de la calificación legal o elemento formal, sino se quiere sustentar aquello de que no procede el distingo: todos somos personas jurídicas, incluyendo al ser humano. Por ello debe desecharse aquello de que las personas de existencia visible se "llaman en este código personas físicas" (art. 51), incurriendo el Proyecto en una terminología innovadora, innecesaria ante nuestro C.C., y no acorde con el sentido jurídico de la palabra persona.

Resulta inconcebible que la "unificación legislativa se transforme en innovación terminológica discutida doctrinalmente y que lleve consigo la innovación del C.Civil.

El art. 33 del Proyecto habla de organizaciones a las cuales la "ley" les atribuye el carácter de personas jurídicas: no se sabe si se trata de la ley nacional o provincial o de la ordenanza o reglamento municipal. ¿Por qué no se mantuvo la expresión: "entidades autárquicas" del art.33 ref. por ley 17.711? Así proceda considerar el supuesto de un consejo profesional como el de arquitectos, ingenieros, contadores, etc.: ¿es persona jurídica? Sí, en el art. 33, porque comprende toda asociación que tenga autorización para funcionar; el caso de los entes paraestatales es digno de aprehenderse en esto, en cuanto las crea u organiza la ley pero no integran la Administración Pública. Las Sociedades de Estado, puras o mixtas, organizadas por el Estado Nacional, las provincias y las municipalidades son un ejemplo de esos entes autárquicos puros.

En esta materia lo más grave lo constituye la regulación que se proyecta sobre las personas jurídicas privadas. El art. 33 determina que son privadas las p.j. que no son "públicas". Pero son directivas legales a diferencia del art.33 (ref. ley 17.711, cuando enumera las p.j. privadas y divide entre las que requieren el acto administrativo de autorización y las que no siempre lo exigen. Así, se dice que "sociedad" es un contrato: no nos explica si se trata de personas

jurídicas y si su patrimonio es el único sometido a la prosecución de los acreedores o si es limitada tal responsabilidad, (art. 1664 del Proyecto). Las asociaciones pueden ser o no autorizadas. O sea que puede haber asociación con estatuto aprobado por la "autoridad" (art. 1686 que queda sujeta a recurso judicial (art. 1688).

Se han olvidado de los artículos 45 y 48 C.C. ref. ley 17.711, que acreditan la acción sumaria judicial contra las decisiones administrativas que devuelven el derecho de las personas jurídicas de gozar de su personería acordada, o bien, de obtener la autorización estatal para funcionar como tales personas jurídicas.

Cabe señalar en esta materia y frente a las innovaciones a la ley 19.550, introducidas por la ley 22.903, que el contrato de agrupamiento de sociedades y personas individuales no es sujeto de derecho ni personas (arts. 367 y 377, leyes citadas). Se trata de sociedades "fantasmas" exentas de nuestra ley imperativa. Las uniones transitorias de empresas y empresarios nacionales o extranjeras no responden solidariamente si no se pacta (art. 381, leyes citadas). Los contratos pueden implicar la unión transitoria (art. 377 leyes citadas). Son, p.j., ocultas: no son sujetos de derecho ni sociedades; la quiebra de ellos no afecta a los otros "participantes" (art. 383, leyes citadas).

El Proyecto que consideramos debió haberse ocupado de esta materia para no llegar a soluciones susceptibles de dañar el tráfico jurídico.

6. Declaración unilateral de la voluntad (arts. 2288 y 2291)

Puede hablarse como en el C.C. it (arts. 1987 y 1991), que sirvió de modelo legislativo a los autores del Proyecto, de "promesas unilaterales". De "promesa pública" nos habla el B.C.B. (arts. 657 a 668), o sea, "Auslobung" (Carlos Melón Infauto, Código Civil alemán, p. 137. n. 595). En el fondo, lo común es la recompensa de pago o el reconocimiento de un derecho. Empero, también puede surgir la fianza por acto unilateral (art. 1987, C. de Vélez) y no existe sino promesa unilateral de pago de deuda futura, prevista o no en un contrato como el de locación o el de otorgamiento de crédito (art. 1988, C. cit.). El ejemplo de la "tarjeta de crédito" es, en esto, elocuente como así también el crédito documento bancario.

No hacemos, pues, incapié en la terminología pero debemos advertir que la declaración unilateral de voluntad (fuente moderna de las obligaciones) ha de contener en sí o una promesa de pago o recompensa, o un reconocimiento de un derecho unilateralmente efectuado y en favor de un tercero.

Ahora bien: el Proyecto carece de un principio de orden esencial y previo en esta materia; para apartarse de la regla de que "la constitución de una relación obligatoria por negocio jurídico (repetiendo expresiones del art. 305,

BGB), así como para la modificación del contenido de una relación obligatoria, es necesario un contrato entre los interesados ("partes"/ com.op.cit., p.64 n.288 y su reenvío/), en tanto la ley no prescriba otra cosa".

Ese precepto que recibió acogida en el Apr. de Bibiloni debe entenderse procedente en nuestro derecho positivo, ya que la obligación para que nazca requiere que así lo establezca el contrato o la ley, porque así se entiende la causa-fuente obligatoria (arg.art. 499, C. de Vélez).

Ello es lo que, en concordancia, se desprende del art. 1997, C.C. it. de 1942, al establecer "la promesa unilateral de una prestación no produce efectos obligatorios fuera de los casos admitidos en la ley". El art. 2288 del Proyecto, si bien exige que la ley imponga la obligación exigible tratándose de la declaración unilateral de la voluntad, agrega que la ley puede quedar sustituida por "el uso". Con ello se siembra, más que la inseguridad jurídica, la incertidumbre legal. Los casos previstos en los arts. 2290 y 2291 del Proyecto citado, sobre promesa pública o sobre promesa de pago (promesa de pronto pago, promesa de pago de deuda ajena), no comprenden el "pourvoi" o "propina" y ésta es un uso que no importa una obligación exigible.

El art. 2288, Proyecto cit., independiza la causa-fuente de la obligación derivada de la voluntad unilateral de los "negocios" con los cuales pueda esa obligación hallarse "funcionalmente vinculada". Se trata de la no procedencia de exigir al acreedor la prueba de "la relación fundamental" ya que esa causa de deber "se presume hasta la prueba en contrario" (art. 1988, C.C. it.). Esto es lo que debió expresar el art. 2288 del Pr., ya que al decirse que las obligaciones emergentes de la declaración unilateral de la voluntad "son independientes de los negocios con los que puedan estar funcionalmente vinculadas", se incurre en dos errores conceptuales: 1) que todo pago sin causa-fuente es repetible (art. 792, C. de Vélez); 2) que el pago efectuado lleva consigo una presunción relativa -no absoluta- de su procedencia y que se está sólo ante una cuestión de carga de la prueba.

Ello, salvo que se estuviera ante un negocio jurídico abstracto, como lo es el derecho cartular en amparo del poseedor de buena fe del título de rédito o del papel de comercio no robado ni perdido.

En este último supuesto se habría cumplido con las normas que preven el suceso como ocurre en los casos de extravío o robo del cuaderno de cheques art.5, decr.-ley 4776/63, así como en las hipótesis de robo, pérdida o inutilización de títulos y cupones (arts. 746 a 765, C.Com., que lamentablemente no son reproducidos por el Proyecto que examinamos).

En lo referente a las garantías de cumplimiento, el que promete el pago o garantiza el cumplimiento es vinculante (art. 2290, Pr.). Empero, se habla de "pacto", lo que contradice el supuesto de unilateralidad de la voluntad del que

paga o se olvida el necesario requisito de técnica legislativa, al no reenviar a la noción de causa-fuente del art. 499. C. de Vélez. Además, no se tiene el cuidado de establecer una medida probatoria mínima: que la promesa de pago exista por escrito (V. arts. 780-1, BGB).

Al referirse a los títulos-valores de las cartas de crédito (crédito documentado) bancario como supuestos de obligaciones emergentes de la voluntad unilateral (art. 2289), se formula una enumeración meramente doctrinal e incompleta, con olvido de que los títulos de crédito, cuando resulten al portador, requieren una autorización legal (art. 2299 Pr.), lo que lleva consigo un requisito de validez de la promesa de pago que se agrega a la voluntad unilateral del emisor. La falta de autorización estatal anula la promesa de pago (v. art. 795, BGB).

Finalmente, lo referente a la Promesa de recompensa (art. 2291, Pr.) es una síntesis de los arts. 1989 y 1990, C.C. it., pero se olvida concluir con el art. 1991 de C., en cuanto a quien atañe la promesa cuando intervienen varias personas en alcanzar el cumplimiento de la condición o situación prevista para la recompensa.

Se olvida en el Proyecto todo el derecho consuetudinario, jurisprudencial y doctrinal que se ha formado en materia de contratos celebrados mediante llamado a concurso para otorgar un premio. En esto, el art. 661, BGB, hubiera sido útil a los autores del Pr. para efectuar una obra jurídica mejor concebida. Las normas que establecen la Federación de Sociedades de Arquitectura de nuestra República habrían servido de excelente guía para los fines legislativos en materia que cuenta con un derecho extralegislativo nacional.

7. Títulos de Crédito ("Títulos-valores"-arts. 2292 a 2305, Pr.).

Ya señalamos que el art. 2289 del Pr. enuncia entre las obligaciones emergentes de la declaración unilateral de la voluntad a los llamados títulos-valores, denominación no muy adecuada, que sigue a la terminología alemana la cual ha merecido recepción en algún texto legal entre nosotros (leyes 20.954 y 23.299 sobre "Títulos-valores nominativos"). Esa enunciación es incorrecta porque existen títulos-valores o, mejor, títulos de crédito públicos o privados; pero éstos últimos, en cuanto sean al portador, requieren autorización estatal como lo admite el art. 2299, Pr., al referirse a los títulos al portador que obligan a pagar una suma dineraria y que sólo se emiten "en los casos expresamente previstos por la ley o cláusula expresa". Con mejor criterio debió establecerse lo que dispone en art. 795, BGB: "una obligación (al portador) puesta en circulación sin aprobación estatal es nula; el emisor ha de indemnizar al tenedor el daño causado por la emisión".

La obligación no ha de aprehenderse sobre la base de la voluntad unilate-

ral ni de la promesa "irrevocable" que importa un "derecho autónomo", como lo pretende la mal lograda definición de que da cuenta el art. 2292, Pr., sino sobre la base de la doctrina cartular, lo cual conduce a la figura de acto abstracto.

La doctrina del acto abstracto es fecunda para explicar, entre otros supuestos (V. Gr., la escisión de la causa-fuente del acto jurídico en el cual se adquiere un derecho a título oneroso y con buena fe registral o toda otra buena fe, no obstante la nulidad absoluta, relativa o inexistencia legal del acto jurídico / art. 1051, C. de Vélez/), así como para brindar el fundamento de la doctrina cartular en materia de papeles de comercio o de títulos de crédito públicos o privados. En éstos, la doctrina cartular nos indica que el derecho del poseedor del título o papel de comercio (letra de cambio, pagaré, cheque) cuenta con un derecho patrimonial inserto en el documento mismo, como ocurre con el papel moneda o moneda fiduciaria o inconvertible.

Esa doctrina es de aplicación aún más amplia: abarca los contratos abstractos como ocurre con la fianza, la tradición posesoria, la delegación de deuda (relación delegado-acreedor), entre otros supuestos en los cuales la causa-fuente se separa del contrato mismo y no puede oponerse al acreedor.

Más que la voluntad unilateral, hállese aquí en juego la doctrina cartular sin perjuicio de que la voluntad unilateral explique la eficacia vinculante del título de crédito o título-valor desde su emisión y aunque no haya llegado a manos de un legítimo poseedor, o bien, en el supuesto de abuso del agente que dispone sin derecho del papel-valor. En verdad, no cabe discutir la causa-fuente frente al poseedor de buena fe, y aún en el supuesto del título-valor robado, perdido, o extraviado; esa circunstancia sólo es oponible al poseedor de buena fe una vez que haya sobrevenido el proceso legal establecido para esa situación, en cuanto al C. de Comercio que lo prevé y no frente al Proyecto que ha dejado de lado las normas aplicables sobre la materia, aparte de no considerar el supuesto de la pérdida o robo o deterioro de la acción nominativa.

En sustancia: la definición del art. 2292 es doctrinal, no normativa, y aún desde el punto de vista doctrinal inexacta. Así, tiene derecho a la prestación patrimonial el legítimo o "legitimado" (legitimación contractual) poseedor, aún no siendo el titular del título de crédito al portador o de otro título adquirido de acuerdo a la ley, salvo que le conste al deudor la mala fe del que pretende ostentar la posesión legítima (art. 2293) y en cuanto, si tiene o alega buena fe, ello se refiere a la buena fe-diligente (art. 1198, C. de Vélez).

Las expresiones: "derecho originario o autónomo" o acreedor "originario" no tienen otro alcance que el de explicar la norma legal, que debe ordenar, disponer, conceder, pero no enseñar. Un ejemplo de disposición legal normativa lo brindan los arts. 793-4, BGB, al establecer que "si alguien ha emitido un

documento en el que promete una prestación al portador, dicho portador puede exigir de él la prestación de conformidad con la promesa", en cuanto esté autorizado el portador (es decir, cuente con legitimación contractual que debe distinguirse de la representación aisladamente aprehendida), correspondiendo tener presente que "el emisor se obliga por una obligación al portador (se trata del título en el cual se incorpora la obligación, *Schuldverschreibung auf den Inhaber*, como lo señala Melón Infante; op. cit., p. 162, n. 691) aunque le haya sido robada o se le haya extraviado o aunque de cualquier otra forma se haya puesto en circulación sin su voluntad", aparte de que "a la eficacia de una obligación al portador no le afecta la circunstancia de que el documento sea emitido después de que el emisor haya muerto o se haya hecho incapaz de celebrar negocios jurídicos".

Debe aclararse que cuando se hace referencia al "emisor" (Ausatello), se nombra tanto al que da nacimiento al documento como a quien aparece en el documento como emisor y por eso "no es un contrasentido hablar de título emitido después de la muerte o incapacidad del emisor" (Melón Infante, op.cit.p. 163, n.696 bis).

El art. 2294, Pr., siguiendo al art. 1993, C.C. it., establece que el obligado puede oponer, no sólo las defensas de falsedad de su firma, sino también el "defecto de capacidad o representación al momento de su emisión". No se tiene en cuenta, con ello, que se desconoce la doctrina cartular porque la incapacidad o muerte del emisor no debe tener consecuencias legales para la eficacia del título cuando sean subsiguientes al ser emitido el título o aún al momento en que el emisor lo puso en circulación, en cuanto el emisor comprende tanto al que crea el título como a la persona que aparece en ese título como tal emisor sin ser el verdadero obligado (art. 794 BGB). Finalmente, las referencias a las leyes procesales implica desconocer que el C.C. es el resultado de una competencia del legislador nacional (art. 67, inc.11, C.N.).

Es necesario tener en cuenta, sobre todo, cuándo debe ampararse al cónyuge del emisor (art. 1277 C.C.), si el mismo se oculta detrás del aparente emisor, o sea, el que figura en el título. Ello no lo tiene en cuenta el art. 2297, Pr., aun cuando se refiere al que invoca una inexistente representación. Además, debe tenerse presente la omisión que se incurre al no seguir la acertada regla establecida en el segundo apartado del art. 1993 del C.C.it., que se ha adoptado como modelo legislativo. Esto es: debió establecerse que el obligado puede imponer al poseedor del título de crédito las excepciones fundadas en relaciones personales con anteriores poseedores cuando, al adquirir el título, actuó el poseedor intencionalmente con daño al mismo deudor.

Constituye un inexplicable error no establecer que la medida cautelar o el gravamen, ambos con respecto al título, han de inscribirse en el documento y,

tratándose de títulos nominativos de cualquier especie, también en el registro del emisor (comp.: art. 2022, C.C. it.).

La omisión de la regulación del título deteriorado o desfigurado o extraviado o destruido, aparta al Proyecto de los modelos legislativos, como el art. 2016, C.C. it., y sus corolarios (arts. 2017 a 2019), y los arts. 798 y 799, BGB.

Finalmente, se observa un vacío en cuanto a la falta de regulación adecuada del título "a la orden" y del mismo título nominativo (v.arts. 2008 a 2027, C.C. it., C. que en buena medida fue el modelo legislativo en esta parte del Pr.).

8. Los contratos bancarios: su omisión en el proyecto.

Asombro que el Pr., si bien trata de los títulos de crédito o títulos-valores, que en buena medida implican también los títulos de crédito público, nada nos dice de los contratos bancarios. No se comprende que habiendo recurrido tanto al modelo legislativo que en esta materia contractual lo ha sido el C.C. it., no se haya inspirado en el mismo para arreglar los contratos bancarios.

Entre ellos, y siguiendo a ese C. (arts. 1834 y ss.), cabe enunciar:

- a) Los depósitos de dinero y de títulos en administración (arts. 1834/35);
- b) Apertura del crédito bancario (arts. 1842/45) y anticipación bancaria sobre la base de prenda de título mercadería (arts. 1846/51).

Sin embargo, procede señalar que regla el Pr. la cuenta corriente bancaria (arts. 1937-48, Pr.), así como el servicio de cajas de seguridad. Pero, acorde con la seguridad en esta materia, mejor hubiera sido reglar ese servicio como servicio bancario de cajas de seguridad, tal como lo establece el C.C. (arts. 1839/41), sin perjuicio de reglar el servicio de esa caja al tratar el contrato de hotelería.

Ha de señalarse que sobre la distinción entre el servicio bancario y el de particulares existe una diferencia notable: en el servicio bancario debió reglarse la materia de modo que el Banco Central o el Banco oficial provincial tuviera una llave que habría de utilizarla, no sólo en el caso de extravío de la llave del depositante sino también cuando el servicio público y el orden público impone el control de lo que existe en la caja de seguridad.

No está de más advertir la injustificada derogación del art. 775 C.Com., en cuanto a que se admite la innovación en la cuenta corriente mercantil, con lo que se deja de lado su esencia jurídica y la distinción con la cuenta simple o de gestión. Además, no se prevé el supuesto de inhabilitación, interdicción, insolvencia o muerte del cuentacorrentista como causal de rescisión decidida por una de las partes o sus herederos como lo establece el art. 1833, CC. it.

9. El "Club de campo" y la propiedad horizontal.

Toda materia referente al Club de Campo así como lo relativo a la propie-

dad horizontal no ha merecido en el Proyecto sino disposiciones de reducida amplitud como la contenida en el art. 2617 de ese proyecto.

Se han olvidado las enseñanzas que derivan del derecho comparado, sobre todo del derecho francés, y de los derechos español e italiano que hubieran permitido un plexo normativo más acorde con las necesidades sociales que la propiedad horizontal exige.

Aparte de ello, en materia de Club de Campo, no se ha tenido presente lo que surge de un texto legal que ha llenado la laguna legislativa en alguna medida, como lo es la ley 8912, del año 1977 de la Provincia de Buenos Aires, y el decreto reglamentario 9404 del 21 de enero de 1986.