

Salerno, Marcelo U.

*Comentarios generales sobre el proyecto de
nuevo Código Civil y Comercial*

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Salerno, M. U. (2012). Comentarios generales sobre el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/comentarios-proyecto-nuevo-codigo-civil.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

COMENTARIOS GENERALES SOBRE EL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

MARCELO U. SALERNO¹

I

Durante el período de la organización nacional, surgió la idea de codificar el derecho argentino, a fin de hacerlo inteligible para los habitantes de nuestro territorio. La Constitución de 1853-1860 así lo dispuso, además de inducir “la reforma de la legislación en todas sus ramas”, precepto que se encuentra en vigor (art. 24). Entonces todo estaba por hacerse en lo institucional.

La codificación comenzó con la rama mercantil, ya que en el año 1862 se sancionó el Código de Comercio. En su versión original incorporó normas del “*ius commune*”, de manera que en cierto sentido fue unificado, pues contenía en su normativa disposiciones de naturaleza civil, las que luego serían suprimidas (ley 2637 del año 1889). Más tarde, fue aprobado el Código Civil, durante la presidencia de Sarmiento, cuando recién había concluido la guerra de la Triple Alianza. Causó la ruptura formal con el pasado jurídico, consagrando el principio de exclusividad; todas las leyes anteriores perdieron vigencia (art. 22 Cód. Civ.) Nació un nuevo orden privado en el país.

Pertenece al senador Bartolomé Mitre la moción en la Cámara Alta de sancionarlo sin ningún debate, aduciendo que era la obra científica de un hombre de ciencia. El Congreso aprobó a libro cerrado el Proyecto que redactó Dalmacio Vélez Sarsfield. Dicho modo de aprobación a posteriori ocasionó algunos problemas, debido a la rapidez con que procedieron los senadores y los diputados. La ley 340 sancionó el “*corpus*” encargando a la Corte brindarle un informe anual sobre las dudas y dificultades que ofreciere en la práctica, así como “los vacíos que encontraren en sus disposiciones” (art. 20°). Años después se le hicieron más enmiendas (ley 893 de 1872). En 1882 se dictó otra ley de fe de erratas sobre la base de la edición oficial impresa en Nueva York el año 1870.

Al día de hoy perduran ambos “códices”, el Civil y el Comercial, aunque tuvieron diversas modificaciones en su texto; por alguna razón han podido subsistir, resistiendo los embates del tiempo. Fueron reformados en varias oportunidades para adecuar su normativa a las necesidades del tráfico moderno. Entre las enmiendas de mayor importancia cabe destacar la incorporación del matrimonio civil en el año 1888 (ley 2393) y las relativas a las sociedades comerciales y los concursos. La aprobación de una serie de leyes correspondientes al derecho privado, algunas de carácter complementario y otras no, dieron lugar al fenómeno calificado como “descodificación”. Simultáneamente durante el siglo XX se emprendieron varios intentos de dictar nuevos Códigos, a fin de hacer una revisión integral de los vigentes. El pensamiento actual tiende a la unificación no solo de los contratos, sino de todas las instituciones, en un solo cuerpo legal. La Carta Política de 1994 encomienda al

1. Comunicación leída en el Plenario de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires del 23 de abril de 2012.

Congreso dictar los Códigos Civil y Comercial “en cuerpos unificados o separados” (CN art. 75 inc. 12); también dispone se dicte un “Código del Trabajo y de la Seguridad Social”, asignatura pendiente por el momento.

Resulta usual atribuir a Vélez Sarsfield la autoría de nuestro sistema, lo cual es cierto respecto a su estructura que no varió con el tiempo. Pero esa afirmación no es veraz por cuanto la ley se independiza del legislador, habiendo caído en desuso la hermenéutica mediante las fuentes históricas. En la actualidad, aún las normas que permanecen incólumes en el sentido literal que les diera el codificador, se hallan reformuladas por obra de la doctrina y la jurisprudencia; ya no dicen lo que decían cuando las aprobó el Congreso en 1869. Se disiparon muchas dudas y fueron colmadas las lagunas. Todavía algunas normas guardan secretos a descubrir.

II

El 27 de marzo de 2012 fue presentado a consideración de la opinión pública el “Anteproyecto de Código Civil y Comercial” que comisionó el Poder Ejecutivo a tres calificados juristas, dos de ellos integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los doctores Elena Highton de Nolasco y Ricardo Lorenzetti, y a la académica doctora Aída Kemelmajer de Carlucci. La obra, divulgada a través de Internet, viene precedida por una extensa fundamentación con sustento en citas de autoridad e invocación de precedentes nacionales en la materia, especialmente un Proyecto similar del año 1998 (encomendado por el decreto 685/95). Ese aparato erudito acredita la laboriosa tarea de los redactores, celosos en demostrar la solidez de sus propuestas, a las que insuflaron un aire de vanguardia. Brinda una nómina de los juristas que fueron consultados, entre quienes hay prestigiosos catedráticos, aunque no menciona haber requerido el parecer de entidades religiosas, culturales, empresarias, gremiales y profesionales.

Consta de seis libros, precedidos por un “Título Preliminar”, a saber:

Libro I: “De la parte general”;

Libro II: “De las relaciones de familia”;

Libro III: “De los derechos personales”;

Libro IV: “De los derechos reales”;

Libro V: “De la transmisión de derechos por causa de muerte”;

Libro VI: “De las disposiciones comunes a los derechos personales y reales”

Nuestra corporación no participó en los trabajos preparatorios; por tanto tendrá que abordar urgentemente el análisis y el examen de ese “Anteproyecto”, pues así lo imponen sus estatutos. Dicha iniciativa tiene una importancia trascendental para los destinos de la sociedad argentina y la vida de las generaciones venideras. Innova en muchos temas, deroga reglas arraigadas, propone reformas que ofrecerán resistencia y, sobre todo, suscitará arduas polémicas en torno a principios tradicionales de la convivencia. Es indispensable conocer la metodología aplicada, los lineamientos generales y las modificaciones sugeridas al orden vigente. La tarea a emprender exigirá un detenido estudio, rigor científico, objetividad de criterio y elevación de miras.

Adelantaré mis impresiones para informar sobre los temas que suscitan especial interés, brindando una somera descripción de su contenido. Mi comunicación lleva el subtítulo de “miscelánea jurídica”, a raíz serme imposible en el breve lapso asignado para exponer, efectuar un estudio completo de las normas con las que se pretende gobernar en un futuro la conducta de la población. La compleja trama de este “corpus” debe ser deshilvanada para penetrar en el espíritu que lo anima y el significado de sus artículos. Lo haré a título eminentemente personal, apoyado en mis convicciones y experiencias. Mi evaluación, inspirada en perfeccionar el orden jurídico, criticará modificaciones que, sea por razones de fondo o de técnica jurídica, no creo convenientes incluir en nuestra legislación.

Dejo abierto el debate sobre diversos aspectos de esta iniciativa, deseando que sea constructivo.

III

La primera impresión que produce la lectura del texto corresponde a tres instituciones, de las que paso a ocuparme, a saber: vulnera el orden familiar, arrincona la actividad comercial-empresaria, y excluye bienes intangibles.

1. Vulnera el orden familiar

Poco o nada queda en pie del derecho de familia tradicional, pues se relegan valores tutelados con firmeza durante más de un siglo. Surgen las relaciones convivenciales, el matrimonio se debilita, cambia el régimen del divorcio, la figura del padre pierde autoridad, aparece la maternidad subrogada, cosifica los embriones extracorpóreos, entre otras novedades. Habrá que centrar el foco atencional en todas estas reformas para establecer si hacen al bien común y protegen los derechos de la niñez, según lo disponen convenciones internacionales con jerarquía constitucional. El tema es sumamente delicado como para pronunciarse en forma apresurada, sin contar con todos los elementos de juicio. Hace al ámbito afectivo de la existencia humana, al hogar donde transcurren los días, y a los sentimientos más respetables.

2. Arrincona la actividad comercial-empresaria

Pareciera haberse olvidado que este “Anteproyecto” tiene por objeto un nuevo “Código Civil y Comercial”, pues solo trata sobre el llamado derecho común. La actividad mercantil, a la que se refiere el art. 14 de la Constitución, quedó en un rincón, como si estuviera en penitencia por supuestas faltas incurridas hacia la microeconomía del país. Desaparece el “status” del comerciante y se eliminan los actos de comercio ¿Será la igualdad real predicada, la que permite dar por extinguida una profesión ancestral? De modo que nada se unificó, procediéndose a eliminar una de las partes que hace al todo. ¿Acaso se olvidó la vigencia del “Uniform Commercial Code” desde 1962 en todo el territorio de los Estados Unidos de América, país del “common law” que, sin embargo, dispuso codificar el derecho relativo al comercio? Ese criterio contradice la realidad negocial de nuestra época e implica un retroceso ante la notable evolución del derecho empresario.

Observo con preocupación que el moderno instituto de la empresa carezca de emplazamiento en el “Anteproyecto”. Como sostuve en varias publicaciones anteriores, el concepto jurídico-económico de empresa es el eje de las relaciones económicas de nuestra época, tal como lo hiciera el Código Civil del Brasil del año 2002 en su Libro II. Ahora sería el momento para armonizar las normas en esbozo alrededor de esa idea fuerza, la cual ya fue receptada en la legislación fiscal y laboral. Ello sería coherente con haber incorporado la sociedad unimembre, la cual tendría que ser regulada con mayor precisión, a fin de resguardar el derecho de los terceros. Asimismo, la ocasión parecía ser propicia al incorporar nuevos contratos, tales como el factoraje, la agencia, la franquicia y la concesión. Destaco que ocasionalmente se utiliza el vocablo “empresario”, sin reparar en el equívoco.

3. Excluye bienes intangibles

Encuentro desacertado que no haya incluido como categorías jurídicas a los bienes intangibles y a los bienes culturales, de los que me ocupé en una comunicación leída en esta Academia el año pasado. Recordemos que son bienes de creciente valuación pecuniaria en la economía nacional y

mundial que merecían ser sistematizados. Quedó al margen del “Anteproyecto” el fértil campo de la propiedad intelectual “in genere”, de las obras científicas, literarias y artísticas, más los inventos y las marcas de los productos industriales. La copiosa legislación, sobre la materia, incluidas las convenciones internacionales, debió ser ordenada e incorporada al esbozo de algún modo, pero no tenía que mantenerse dispersa como lo está ahora. Advierto que tampoco son regulados los contratos que se celebran en esa área (v.gr. los informáticos, para citar uno de los tantos casos marginados).

IV

Como la moneda cumple funciones esenciales, ello justifica dedicar un breve comentario a las “obligaciones de dar dinero”.

La Comisión adoptó el principio nominalista, aunque en los fundamentos aclaró que ese enunciado regiría siempre que exista un “proceso de estabilización de la economía”. Vuelve así al criterio del codificador, quien consideraba en su época “cosa casi imposible” la devaluación del signo nacional por el Congreso. Difiere con el régimen vigente en cuanto al momento en que se debe cuantificar el poder adquisitivo de la moneda. Ahora lo es al día del nacimiento de la obligación, y el “Anteproyecto” propone lo sea al día de “constitución de la obligación”, que es bien distinto.

Continúa la prohibición de indexar establecida por la ley 25.561, pese a que cada vez más se hace sentir el fenómeno inflacionario en varios sectores. Agréguese a ello que el país se encuentra en situación de emergencia económica desde hace una década, hecho que obsta en justicia seguir la teoría nominalista, pues corresponde neutralizar la depreciación monetaria. La cuestión merecía una respuesta concreta sobre esta compleja problemática.

No obstante ello, incorpora las llamadas “deudas de valor”, admitidas para casos puntuales desde el año 1968 por la ley 17.711. El monto cuantificado debe representar el valor real de la prestación (v.gr. el resarcimiento de los daños inferidos en los bienes o en la persona del acreedor). Esta solución fue inducida por la doctrina italiana a mediados del siglo XX a fin de resguardar la obligación de las contingencias económicas sobrevinientes a su nacimiento según el alea normal de las circunstancias. Incluso se contempla a la teoría de la imprevisión a fin de hacer frente a los riesgos que tornen excesivamente oneroso el cumplimiento.

En suma: nada nuevo. Deja fuera de texto incógnitas sin resolver para librarlas a políticas erráticas destinadas a disciplinar al mercado, tarea nada sencilla.

V

¿Es indispensable sancionar un nuevo Código?

He postergado la pregunta para el final. Cabe ampliar el interrogante: ¿Leyes nuevas o leyes consolidadas en las vivencias del pueblo? El siglo XXI podría ser una buena oportunidad para que el legislador haga las reformas que algunos esperan y otros no desean. Reformar e innovar con sobriedad, sin menoscabo de las garantías constitucionales, pareciera ser lo más razonable, a “derecho constante”, como se hace en Francia, para estar al día en forma permanente. La codificación mercantil ha sido cuestionada en sí misma por las escuelas que postulan el análisis económico del derecho, estas últimas impulsadas por la explosión del comercio internacional y el crecimiento de los denominados “contratos business”. ¿Será esa la finalidad del “Anteproyecto”?

La mirada que realicé al leer el “Anteproyecto” no fue completa, ni minuciosa; desconozco su versión definitiva. Recién ahora comenzaré la paciente tarea de estudio e investigación, la cual me demandará muchas horas de trabajo y pensamiento. Luego podré formular algunas conclusiones sobre las ventajas y desventajas de esta iniciativa, no solo del punto de vista jurídico, sino además sociológico y económico.

Apreciaré los fenómenos sociales con la mejor perspectiva, para tener una visión fiel del porvenir que asoma. Nadie puede negar las crisis y transformaciones habidas en las últimas décadas, al ritmo acelerado de la historia, las que deben ser ponderadas con un criterio maduro e intemporal. Esas transformaciones no habrán de conmover los principios, ni los valores, que son el cimiento de nuestra civilización y cultura.