



**EL NUEVO CÓDIGO Y  
ELCINCUNETENARIO  
DEL COLEGIO**





# UNA MIRADA CRÍTICA

Los contratos de consumo internacional en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

*Cada vez es mayor el número de Estados que se encuentran en el proceso de elaboración de una regulación autónoma de Derecho Internacional Privado tanto a nivel universal como en el ámbito interamericano. Entre los países que han modificado sus reglas de Derecho Internacional Privado, sea a través de leyes especiales o cuerpos normativos únicos, se pueden citar entre otros, Alemania, Albania, Austria, Australia, Bélgica, Bulgaria, Canadá (Quebec), China, Eslovenia, Estonia, Hungría, Italia, Japón, Polonia, Portugal, Suiza, Turquía, Venezuela y dentro de la corriente reformadora más reciente en el hemisferio americano merecen destacarse, las reformas introducidas por Panamá, la República Dominicana y la Argentina.*

## INTRODUCCIÓN

Precisamente, en nuestro país, la doctrina lleva más de cincuenta años bregando por la imperiosidad de la reforma del sistema de derecho internacional privado de fuente estatal o interna<sup>2</sup> en el que han habido varias iniciativas a partir del Tercer Congreso de Derecho Civil, celebrado en la ciudad de Córdoba en 1962, donde después de un interesante debate, en las conclusiones se sostuvo la conveniencia y urgencia de codificar el Derecho Internacional Privado.

Entre los diversos métodos utilizables para abordar la reforma, los legisladores en la República Argentina, han optado por agrupar las normas en un libro específico integrado en el llamado Código Civil y Comercial de la Nación, descartando otras posibilidades tales como la de la ley especial o un código de Derecho Internacional Privado, dicho en otros términos en esta delicada como relevante cuestión, desde siempre se han propuesto dos modalidades de codificación, una que consiste en mantener la regulación general del derecho internacional privado en el Código Civil u otra, que propicia la aprobación de un instrumento autónomo.

El 7 de octubre del año 2014 se sanciona la Ley 26994 por la cual se adopta el Código Civil y Comercial de la Nación, el que entró en vigor en agosto del 2015, constituye el eje del presente trabajo en el que me concentraré en el análisis crítico de las disposiciones que el legislador argentino le ha dedicado al contrato de consumo, para concluir realizando algunas propuestas y reflexiones que llevan el íntimo deseo del aporte.

## ANÁLISIS CRÍTICO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado en el año 2014, en el Libro VI Título IV del Código se dedica a las Disposiciones de Derecho Internacional Privado, abarcando desde el artículo 2594 al 2671 inclusive, el que consta de tres Capítulos el primero sobre “Disposiciones Generales,” el segundo sobre “Jurisdicción Internacional,” y el tercero denominado Parte Especial. Esta última comprende 16 secciones, en las que regula el derecho aplicable y la jurisdicción internacional en materia de las personas humanas, matrimonio, unión convencional, alimentos, filiación, adopción, responsabilidad parental, restitución internacional de menores, sucesiones, formas de los actos jurídicos, contratos, contratos de consumo, responsabilidad civil, títulos valores, derechos reales, y prescripción. Sin embargo, el nuevo Código no regula cuestiones tales, como las sociedades, propiedad intelectual, insolvencia transfronteriza, seguros, contrato de transporte y contratos laborales, ni lo relacionado con el derecho penal internacional, y lo que quizás sea lo que me causa mayor perplejidad la cuestión del reconocimiento de decisiones extranjeras, que se mantienen reguladas por leyes especiales. Desde ya, esta es una línea de pensamiento clásica que acota, que estrecha, que amputa el contenido del Derecho Internacional Privado, que no compartimos y que según nuestra mira, bien pudo ser aprovechada por el legislador argentino en la oportunidad de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación<sup>3</sup>.

De manera, que a los fines del presente trabajo, interesa resaltar, que se le ha dedicado dentro del Libro VI sobre Disposiciones generales de derecho internacional privado el Título IV a los contratos internacionales, específicamente las Secciones 11 y 12. En la primera sección mencionada, en el artículo 2650 se encara la Jurisdicción Internacional, en el artículo 2651 la Autonomía de la voluntad. Reglas, en el artículo 2652 la Determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes, en el 2653 a las que se denominan Cláusulas de excepción. En la segunda sección bajo el número 12 titulada Contratos de consumo, en el artículo 2654 el Código se dedica a la regulación de la Jurisdicción internacional y en el 2655 al Derecho aplicable. Desde ya conviene dejar por sentado que la si bien es cierto que la legislación argentina se ha ocupado desde diversos ángulos de los contratos de consumo y de la tutela de los derechos del consumidor, no lo es menos que, ni las normas de derecho internacional privado de fuente interna ni de fuente convencional, antes de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, ofrecían respuestas jurídicas para dos de los ejes centrales del Derecho Internacional Privado, como son la determinación de la jurisdicción internacional competente como de la ley aplicable, todo lo cual marca la relevancia de la alteración legislativa que se ha producido con su sanción. Seguidamente, iremos analizando los textos normativos en forma separada, haciendo en caso necesario, algunos breves comentarios.

### Artículo 2654. Jurisdicción.

“Las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los jueces del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía, del domicilio del demandado o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato.

También son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual.

La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo puede interponerse ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor.

En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro”.

La norma bajo examen, en la última parte, impide expresamente a las partes de un contrato de consumo la posibilidad de pactar un acuerdo de preselección de foro, rechazando la autonomía de la voluntad en materia jurisdiccional, y por ende, el legislador coloca en manos del consumidor, una serie de foros disponibles a su elección, tales como los jueces del lugar de celebración, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, de cumplimiento de la garantía, del domicilio del demandado o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato. Asimismo, son competentes los jueces donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación, cuando éstas ha-

yan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual. A su turno, cuando la contraparte del consumidor, es decir el proveedor, el profesional es el actor solamente puede interponer la acción ante los jueces del domicilio del consumidor. Desde ya, como se advierte el legislador no le abre al consumidor el foro de su propio domicilio cuando es él el que entabla la acción.

En lo que respecta a la jurisdicción internacional en los contratos de consumo, sobresalen dos aspectos en el Código Civil y Comercial de la Nación, por un lado, la imposibilidad de la celebración del acuerdo de selección de foro, la prohibición del ejercicio de la autonomía de la voluntad en materia de jurisdicción internacional y por el otro, que el legislador argentino no contempla el foro por antonomasia de tutela del consumidor, vale decir, le veda la posibilidad de que el consumidor entable la acción ante los jueces de su propio domicilio, despojándolo del foro más accesible para la defensa, para la protección acabada de sus derechos<sup>4</sup>.

#### Artículo 2655. Derecho aplicable.

“Los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos:

- a) si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato;
- b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor;
- c) si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido;
- d) si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.

En su defecto, los contratos de consumo se rigen por el derecho del país del lugar de cumplimiento. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración”.

Cabe acotar que el artículo 2651 del Código Civil y Comercial de la Nación, cuando encara la cuestión del derecho aplicable a las obligaciones contractuales, admite la posibilidad de las partes elijan la ley aplicable en los contratos internacionales, aunque en el último párrafo del texto bajo estudio, establece expresamente, la inaplicación de lo dispuesto para los contratos de consumo.

En este aspecto, ante la imposibilidad del ejercicio de la autonomía de la voluntad, habrá que seguir los lineamientos del artículo 2655 a los fines de la determinación de la ley aplicable, que diferencia entre lo que se denomina, consumidor activo y consumidor pasivo. En tal entendimiento, según surge del texto mencionado, se aplicará al contrato de consumo, el derecho del Estado del domicilio del consumidor, cuando se den las condiciones que demuestren que se trata de un consumidor pasivo, vale decir, que de alguna manera es agredido por el proveedor, por el profesional en su domicilio y si ello no es así, porque se trata de un consumidor activo, los contratos de consumo se rigen por el derecho del país de su cumplimiento, y sub-

sidiariamente por el derecho del lugar de celebración del contrato. Cabe aclarar que consumidor pasivo sería, en términos generales, aquel que, cumpliendo con los requisitos para ser considerado como tal (consumidor) presta su consentimiento para obligarse por el contrato desde el Estado de su domicilio. El consumidor activo, a contrario sensu, contrata fuera del país de su domicilio. Se considera que en el primer caso, el consumidor merece mayor protección que en el segundo, lo cual se manifiesta en la entrada del derecho que le es más favorable por encima del ejercicio de la libre elección de las partes y en la aplicación del derecho de su domicilio en defecto de elección. En este puntual aspecto, debemos poner de resalto que entre los consumidores el turista, como destaca la doctrina más autorizada, a diferencia de otros, “es en esencia alguien que contrata servicios que serán prestados fuera de su domicilio. En este sentido, podemos decir que se trata de alguien que de por sí se encuentra en la especial situación de deslocalización. Dicho escenario se agudiza cuando nos encontramos con un turista internacional donde su contrato será cumplido en un Estado diferente al suyo, no sólo con normas o reglas diferentes sino también que él se tendrá que mover y, eventualmente defender, en un territorio ajeno y en un idioma que no es el propio. Sea cual sea el motivo del viaje el turista siempre – en virtud de ese traslado – presenta cierto grado de fragilidad que merece ser atendido”<sup>5</sup>.

Ahora bien, cuando el contrato se celebra en la modalidad en línea, es evidente que, en las relaciones de consumo internacionales, no puede presumirse que el consumidor, sea siempre un consumidor pasivo. En efecto, si bien es cierto, que en la mayoría de los casos el consumidor contrata desde su propio domicilio, es decir que no se desplaza para contratar, la presunción puede caer en algunos supuestos tales, como cuando se trata del consumidor on line que contrata desde otro Estado distinto al de su domicilio, tal como el de la sede del proveedor o un tercer Estado, no porque se desplacen expresamente allí para contratar sino, más bien, porque se encuentran allí ocasionalmente.

Por lo tanto, como derivación de lo expuesto, la ley aplicable según el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, será la del domicilio del consumidor, siempre que se trate de un consumidor pasivo, y la ley del lugar de cumplimiento, y subsidiariamente la ley del lugar de celebración del contrato de consumo, cuando una de las partes sea un consumidor activo.

#### ALGUNAS PROPUESTAS Y REFLEXIONES FINALES.

1) Resulta acertada la decisión de encarar, tal como la doctrina argentina de manera uniforme reclamara, después de cincuenta años la Reforma del Sistema de Derecho Internacional Privado de fuente interna en la República Argentina. Aunque no se puede soslayar que se trata de una reforma incompleta por que a nuestro entender, amputa el contenido del Derecho Internacional Privado.

2) Cuando se trata de los contratos de consumo, en materia jurisdiccional como en cuanto a la determinación del derecho aplicable, el legislador del Código Civil y Comercial de la Nación, impide el ejercicio de la autonomía de la voluntad, no acepta la posibilidad que las partes preseleccionen ni los jueces que habrán de dirimir el conflicto

en caso de disputas, de desavenencias, así como tampoco la ley que regirá el contrato internacional que han celebrado. Se trata de una decisión que nos luce muy contundente, que debió morigerarse.

3) En materia de jurisdicción internacional, resulta absolutamente lamentable, la omisión, la falta de previsión legislativa del foro de protección del consumidor, que le permitiría iniciar su acción ante los tribunales del lugar de su propio domicilio, colocándose el legislador a contramano de las tendencias imperantes en el mundo.

4) En relación con la ley aplicable a los contratos de consumo, el legislador argentino somete al contrato a la ley del domicilio del consumidor, bajo ciertas condiciones tendientes a proteger al consumidor pasivo, y cuando no se reúnen las pautas mencionadas, en el supuesto de un consumidor activo, se sujeta al contrato a la ley del lugar de su cumplimiento y subsidiariamente, a la ley del lugar de su celebración, cuando es sabido, de allí nuestra crítica, que está optando por puntos de conexión rígidos y no flexibles, que tienen suficiente virtualidad para tropezar no solamente con la dificultad de su determinación sino que lo que no es un tema menor, carecen de relevancia en algunos ámbitos del comercio internacional como es el de la contratación electrónica.

5) El Código Civil y Comercial de la Nación en los contratos internacionales en general, permite que las partes elijan el derecho aplicable o pacten jurisdicción competente, pero sin ambages cuando se trata de contratos de consumo, se muestra demasiado desconfiado, respecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad como principio rector de regulación jurídica, ya que les niega esa posibilidad a los contratantes de elegir tribunal competente como derecho aplicable.

6) El legislador argentino, debió según nuestra mira, aprovechar la oportunidad brindada por la historia para legislar dentro de las normas de derecho internacional privado sancionadas, sobre la protección del consumidor transfronterizo cuando se despliega en el espacio virtual.

7) Por nuestra parte como colofón, instamos para que los aplicadores del derecho, sean jueces o árbitros, a la hora de interpretar las normas analizadas, procuren conjugar, en un delicado equilibrio, el juego de la autonomía de la voluntad total con la limitación acotada de la aplicación de las normas imperativas protectoras del entorno del consumidor, para no hacer de la autonomía de la voluntad un festival en el que yazcan los restos mortales de los más débiles, más vulnerables. •

del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, N° 4, 1999, "El Proyecto argentino en materia de Derecho Internacional Privado: Reforma a la italiana? www.dirittoitalia.com, 2010, de la misma autora la obra Derecho Internacional Privado. Reformas al Código Civil, Abeledo -Perrot.1994.

(3) **Ver en este sentido BIOCCA-CARDENAS-BASZ.** Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General. Primera Edición. Editorial Universidad. En efecto, siempre hemos defendido la tesis de que cualquier relación jurídica que tenga elementos de extranjería, sean ostensibles u ocultos, y que en ella aparezca por lo menos un interés privado, pertenece al área de la disciplina. De ese modo, al Derecho Internacional Privado le resulta indiferente que la cuestión, la situación, la relación jurídica pro venga, se inserte en el área del derecho civil, comercial, penal, procesal, laboral, fiscal, entre otros, para integrar su amplio, abarcativo contenido.

(4) **Sobre este tema ver RODRIGUEZ, Mónica Sofia.** Capítulo IV, Jurisdicción Internacional en el contrato electrónico de consumo. Obra Colectiva Derecho del consumidor y comercio electrónico en el ámbito internacional, EJC, Costa Rica, 2013, pág. 133/175.

(5) **MEDINA, Flavia Andrea.** El consumidor turista en el contexto electrónico. Capítulo VI de la obra colectiva Derecho del consumidor y comercio electrónico en el ámbito internacional. Pág. 213/239. EJC, Costa Rica. 2013.

---

## BIBLIOGRAFÍA

---

(1) Este trabajo se realiza dentro del marco del Proyecto de Investigación subsidiado por la Universidad de Buenos Aires, dirigido por la autora del presente, en el que también participan las **Doctoras Mónica Sofia Rodríguez y Flavia Medina**, Subdirectora y Coordinadora Académica del Instituto, respectivamente.

(2) **Vid. FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L.** "LA Reforma del Derecho Internacional privado en la República Argentina: la cenicienta se convertirá en princesa?", Editorial Albremática, 2000, "La ley de Derecho Internacional Privado en la República Argentina: mito o realidad?. Revista

# EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA CODIFICACIÓN CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADA

## Algunos temas centrales

*Siempre que aparece en el ordenamiento jurídico un nuevo elenco normativo, se traccionan y concitan las opiniones doctrinarias desde los especialistas de la ciencia del derecho, inexorablemente proponiendo plurifacetismo conceptual y divergencias en los enfoques.*

*Desde luego, la flamante ley 26.994 promulgada en el mes de octubre del año 2014, no puede escapar a semejante paradigma.*

*Ciertamente, es muy conveniente que así sea.*

### I. LA NÍTIDA INCIDENCIA DE LAS FUENTES, PRINCIPIOS Y VALORES

En una primera aproximación, la entidad normativa del código unificado en materia civil y comercial, nos coloca en el escenario propio de las fuentes de interpretación y aquellos otros principios medulares de aplicación legal, toda vez que este extremo de inocultable influencia, conlleva la focalización de las merituciones y calificaciones, desde y en el pleno marco de la denominada “hermenéutica jurídica”, pues ella presupone inequívocamente el necesario decurso en la investigación y la penetración del sentido y del alcance efectivo de una norma, es decir, adjudicándole un significado al estatuto legal y a los fines de brindar fronteras que diseñan su extensión más precisa destinada a sus posibilidades aplicativas hacia ciertas y determinadas relaciones.

La reciente codificación que entrará en vigencia efectiva el próximo 1º de agosto del corriente año 2015, enfáticamente se apoya en sus artículos 1º y 2º en aquellas soluciones provenientes de las fuentes primarias del ordenamiento jurídico, entre las cuales se destacan la Ley Fundamental y los Tratados de Derechos Humanos que tienen como parte a nuestro país.

Por otro lado, los módulos interpretativos de la ley quedan irradiados desde las palabras, la finalidad, la analogía legal, los mentados tratados del derecho internacional de los Derechos Humanos, los principios y los valores jurídicos; todos y cada uno de ellos ensamblados de manera coherente con la totalidad del ordenamiento.

Asimismo, el ejercicio de los derechos consagrados en el esquema normativo –sin desmedro de otros- precipitan de modo preponde-

rante a los principios de buena fe y de ejercicio regular de un derecho propio o en el cumplimiento obligatorio con prístina evitación de acciones abusivas que contravienen la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Al analizar el recorrido que nos presenta la ley de codificación, es dable evocar aquí a Recasens Siches quien dejara para los tiempos la siguiente conclusión: “sin interpretación, no hay posibilidad de que exista ningún orden jurídico”

Ciertamente, todo producto normativo debe ser concebido como factor eminente de regulación de conductas y, en función de este objetivo tan agudo, la labor ponderativa y las construcciones hermenéuticas, se emparentan con la inalienable necesidad de recorrer el sendero de la técnica legislativa de cara a las metas de eficacia, efectividad y eficiencia.

La eficacia remite al grado de cumplimiento o de observancia real de la norma; el concepto de efectividad nos enfrenta con el éxito o resultado de la norma atendiendo a sus fines y objetivos; mientras que la eficiencia tracciona hacia el costo que la norma entraña en comparación con otras posibles opciones normativas y dentro de un sistema determinado, abarcando los ámbitos sociales, económicos, políticos, productivos y asistenciales.

De tal modo que, solamente una recta y adecuada “inteligencia normativa”, esto es su interpretación, puede garantizar su eficaz aplicación para dirimir casos concretos en el marco de escenarios conflictuales. El movimiento hermenéutico –al menos en su faz más orgánica y elocuente- adquiere particular predicamento y desarrollo con la escuela





de la exegesis francesa nacida en 1804 con la histórica promulgación del código civil francés, siendo su idea central el estricto apego al derecho positivo y al texto literal de la norma.

En el trayecto histórico- evolutivo de la problemática interpretativa y de aplicación del Derecho, es dable reseñar también aquellas corrientes científicas vinculadas con la denominada “jurisprudencia de intereses” y con el discurso de la escuela alemana que encontrara elocuente liderazgo en Philip Heck quien señala los polifacéticos intereses en juego y en pugna que campean en el epicentro del rotulado “problema jurídico” derramando dos funciones: a) la elaboración de las normas que contemplan el estudio de las realidades a ser receptadas como viscerales necesidades de la vida práctica e intereses medulares a tutelar; b) la organización del conocimiento de las normas de construcción de un ordenamiento jurídico y su sistematización codificante.

Por añadidura y en este breve trayecto que consideramos entronizado en la nueva codificación, aparece palpitante la llamada “jurisprudencia sociológica” impulsada por autores como Benjamín Cardozo y Roscoe Pound, la cual propende y predica acerca de la detección de los vitales intereses sociales que deben ser clasificados y priorizados por la ciencia jurídica, a tenor de la importancia para la comunidad y en resguardo de las susceptibilidades con afán protectorio. Se trata, luego, de pautas esencialmente valorativas y axiológicas.

He aquí la trascendencia del nuevo código, habida cuenta que la ley 26.994 vitaliza –como ya se ha dicho- las problemáticas de las fuentes y principios desde su misma presentación en sociedad (título preliminar –capítulo 1-).

Naturalmente, cuando comience a edificarse la doctrina pretoriana a propósito de la entrada en efectiva vigencia de la codificación, seguramente aparecerá el desenvolvimiento del derecho vivo con su sesgo ordenador y solucionador de controversias.

Y es aquí, donde hallará cabida a nuestro entender, la teoría pragmática de Theodore Viehweg quien en su obra “tópica y jurisprudencia” de los años 50, repetidamente se preguntara ¿qué es lo más justo y razonable aquí y ahora en cada caso concreto? Es decir, aquella técnica del pensamiento jurídico que se orienta hacia el derecho como problema. Obsérvese además, que –en el ámbito temático del concepto diseñado para la reparación de los daños- la sección IV del capítulo 9 del nuevo código, en la manda legal inserta en el artículo 390 “efectos de la nulidad”, determina sin retaceos que el acto nulificador pronunciado por los señores jueces, ostenta el robusto efecto que implica volver las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y compeliendo a las partes a restituirse de manera mutua, lo que hubieren recibido.

Este extremo, por sí solo, coloca el análisis sobre la preeminencia de reparación integral de los actos dañosos y confluye con la norma involucrada en el artículo 1740 cuando agita la aplicabilidad de la reparación plena, sea mediante la correspondencia en dinero o en especie. Este binomio normativo nos conecta con la profusa jurisprudencia de nuestros últimos años y en materia de recuperación del puesto de trabajo en aquellos supuestos de discriminación antisindical con abarcatividad hacia sujetos no titulares de una representación gremial formal, sino también a favor de quienes en más de un artículo de nuestra autoría, denominamos “líderes de hecho”; “militantes o activistas” o simplemente, trabajadores actuantes en defensa de sus derechos e intereses propios cuanto de otros compañeros de tareas. Ello significa aplicación enfática del universal principio de no discriminación en las relaciones laborales.

## II. RELACIONES VINCULANTES ENTRE LAS NORMAS UNIFICADAS Y LAS DEL TRABAJO. LA “CIVILIZACIÓN” DEL CONTRATO LABORAL O LA “LABORALIZACIÓN” CONSTITUCIONAL

Evidentemente la interrelación entre el compendio normativo codificado y las normas fundamentales del derecho laboral, se erigen en un escenario tan evidente como típico.

Sabido es que aquí operan dos límites o fronteras de palmario diseño: a) la existencia de una norma laboral especial, expresa y diferente; b) la incompatibilidad de los postulados civiles y/o comerciales con los principios generales y fundantes de la ciencia jurídica laboral (conf. art. 11 LCT).

### El derrame influenciante desde el campo civil puede tener cabida:

- 1) por remisión directa (casos arts. 24/95/97/257 LCT, entre otros)
- 2) por expresa incorporación (supuestos arts. 32/34/35/36/38/45/46/62/63 LCT);
- 3) por la vía de los “conceptos de corte civil” (nociones de solidaridad, abuso del derecho, mora, fuerza mayor, exceptio non adimpleti contractus; vicios en el consentimiento etc.)

Este programa conceptual, siempre e inalterablemente, deberá ir de la mano del resguardo más cabal a partir de la prioridad de la ley especial preexistente y por sobre la ley general posterior.

### III. LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y LAS CONSECUENCIAS SANCIONATORIAS

En el título V capítulo 1 sección 2º, la ley 26.994 discurre en su artículo 1710 acerca del deber de prevención del daño. Esta obligación de conducta material se desgrana en tres vertientes:

- a) La evitación de dañar sin justificación;
- b) En el marco del principio de buena fe, la adopción de toda medida razonable para eludir el daño y también en orden a aminorar su magnitud.

En compatibilidad con este apotegma, la manda legal consagrada por el art 1721, distingue la responsabilización atributiva en base a factores objetivos o subjetivos; en el primero de ellos la noción de culpa, por supuesto, está teñida por su irrelevancia mientras que en la adjudicación subjetiva, el factor de la culpa aparece como el actor principal (conf. arts. 1722/23/24)

Deviene altamente interesante, la tipificación del concepto de dolo el cual queda configurado frente al supuesto de perjuicio intencional o procediendo el dañante con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (¿será esta una nueva manera de calificar a la culpa grave?)

Precisamente, nos preguntamos acerca de por qué el código unificado no ha previsto la sanción pecuniaria disuasiva o “daño punitivo” para los eventos de infortunios laborales, tal como si se ha normado a favor de las relaciones de consumo.

Compartiendo la opinión en el punto de Horacio Schick, estamos en presencia de nítidas atribuciones judiciales como para aplicar, a pedido de parte, y con fines disuasivos, agravantes sancionatorios de estirpe pecuniaria hacia aquellos que actúan con grave menosprecio hacia los derechos de terceros.

Claro es, que omitir la aplicabilidad de este tipo de multa en accidentes laborales en aquellos casos siniestrales acaecidos por medio de circunstancias que denotaren grave infracción a las normas de higiene y seguridad, no parece admisible en el reinado de los principios generales del derecho laboral, particularmente, en aquel que consagra el deber de indemnidad.

### IV. LA PERMANENTE POLÉMICA ENTRE LA LOCACIÓN DE SERVICIOS Y LA RELACIÓN LABORAL

No podemos concluir esta breve reseña, sin hacer al menos alguna mención a lo que dispone la flamante codificación en su capítulo 6 “obras y servicios” sección 1ª.

En los artículos 1251 y 1252 se definen los contratos de obra y de servicios distinguiendo para el de obra la realización material o intelectual o la provisión de un servicio, mientras que el contrato de servicios implica una actividad independiente de su resultado.

El artículo 1252 en su parte final, discurre sobre una conceptualización de “los servicios prestados en relación de dependencia”, a los que remite para el ámbito del derecho laboral.

Se trata de una norma “abierta” y que adolece de cualquier definición típica acerca de la relación de trabajo.

No obstante, no creemos que esto pueda albergar dudas sobre el contorno real del contrato de trabajo, toda vez que, la profusa y más

*“La diversidad y multiplicidad de facetas que el nuevo código civil y comercial nos propone e instala, agita esa imperiosa labor que, entraña inequívocamente dificultades y situaciones de duda. Pero para resolverlos, justamente, allí están omnipresentes los principios, los valores y las fuentes.*”

pacífica doctrina y jurisprudencia emanada en el campo de nuestra materia, ha realizado y continua desarrollando de manera activa, todos los presupuestos que ameritan la calificación y efectos propios de un vínculo asimétrico, desigual y susceptible de especial tutela a favor del trabajador en su carácter de “sujeto contractualmente débil”

En el tema específico, es ampliamente conocida la presunción que se dispara desde el artículo 23 de la ley de contrato de trabajo, determinando que la prestación del servicio, la ejecución de actos o la realización de obras, presumen la existencia de un contrato laboral, excepto que por las circunstancias, relaciones y/o causas emparentadas en cada caso concreto, admitan la fuga del principio protectorio de nuestras leyes especiales.

Desde luego, siempre deberá estarse a la fisonomía del casus a examinar y resolver, mientras que las definiciones codificadas que se acaban de citar, invariablemente deberán encontrar los límites presuncionales y el principio del orden público laboral.

### V. EL ROL DE LOS JUECES Y LA ESTIRPE DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Para finalizar diremos una vez más, que los señores jueces encargados de impartir el servicio de justicia en el mundo de los conflictos, reviste carácter medular.

La diversidad y multiplicidad de facetas que el nuevo código civil y comercial nos propone e instala, agita esa imperiosa labor que, bueno es reconocerlo, entraña inequívocamente dificultades y situaciones de duda. Pero para resolverlos, justamente, allí están omnipresentes los principios, los valores y las fuentes.

Aquel inigualable jurista Eduardo Couture nos decía “...cuando la ley cae en el silencio podríamos decir siguiendo las metáforas del poeta, que ese silencio está poblado de voces... pero cuando el juez dicta la sentencia, no sólo es un intérprete de las palabras de la ley, sino también de sus voces misteriosas y ocultas... de la dignidad del juez dependerá la dignidad del derecho. El derecho valdrá en un país y en momento histórico determinado, lo que valgan los jueces como hombres. El día que los jueces tienen miedo, ningún ciudadano puede dormir tranquilo”.

Desde esta imponente enseñanza han pasado 66 años no hay espacio para la incertidumbre: su prédica reviste la más absoluta actualidad. •







# ALTO IMPACTO

## El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en los derechos humanos de las mujeres y en las relaciones de familia

*En materia de los Derechos Humanos de las Mujeres, nuestro sistema normativo dispone de amplias herramientas legales para la protección y defensa de los mismos.*

*La cuestión es que, la existencia de leyes por sí sola no resulta suficiente para garantizar la igualdad de género y erradicar la discriminación.*

*El gran problema reside en la falta de aplicación de las leyes existentes y en la negativa de los efectores a abordar la violencia desde una perspectiva de género como así la falta de presupuesto económico que doten a las leyes de protección integral y la ausencia de políticas públicas específicas.*

Nuestro país, tiene su ordenamiento jurídico integrado por la Constitución Nacional, donde en su art 19 habla de la igualdad de todos los habitantes ante la ley y el art. 37 dispone la "igualdad real de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en la ocupación de cargos políticos".-

Asimismo, el art. 75 inc. 22 incorpora a nuestro sistema normativo los Tratados y Convenciones Internacionales que la República Argentina ratifique, con rango constitucional.-

Así pues, por este medio la "Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación hacia la Mujer" -más conocida como CEDAW-, integra nuestro sistema de normas y es de aplicación inmediata y exigible.- En dicha Convención se establecen y definen derechos tendientes a promover la igualdad entre hombres y mujeres y eliminar todas las formas de discriminación hacia la mujer.- Con ello se garantiza la igualdad, como así también la dignidad humana como derecho humano.-

El Protocolo Facultativo de la CEDAW (de reciente ratificación por nuestro país ) dispone que, el Comité es el órgano encargado de eva-

luar los progresos en la aplicación de la Convención, recibiendo las Denuncias o las Comunicaciones de aquellos Estados Partes que violen los derechos establecidos tanto de una persona individual como de un grupo de personas y dispone de los mecanismos efectivos para las investigaciones en cuanto a la aplicación de la CEDAW (violaciones graves o sistemáticas a los derechos humanos de las mujeres).- Asimismo, la República Argentina también, ha ratificado la "Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer", más conocida también como "Belem Do Pará".- En la misma, los Estados Partes se obligan a realizar acciones positivas tendientes a la prevención, sanción y erradicación de la Violencia de Género. Además, se definen los conceptos de violencia de género en los distintos ámbitos en los cuales la mujer es parte.-

Algunas Constituciones Provinciales, -como la de Buenos Aires- establecen que, las mujeres junto con los niños/as, los/as ancianos/as y las personas con discapacidad forman parte de grupos vulnerables que requieren de protección por el sólo hecho de pertenecer a esa condición.

A lo largo de los últimos años se han dictado a nivel nacional leyes que reconocen la igualdad de género, tales como la Ley 25673 (Creación del Programa nacional de salud sexual y procreación responsable); la Ley nacional 26061 de Protección integral a niños, niñas y adolescentes; la Ley 26485 de Protección integral contra la violencia de género; la Ley 26130 de Contracepción quirúrgica; la Ley de Equiparación de edad entre hombres y mujeres para contraer matrimonio (Modificación del art. 166 inc. 5 del Código Civil argentino); la Ley 26150 Programa de Educación Sexual Integral; la Ley 26206 Ley de Educación Nacional; la Ley 26579 Modificación Código Civil por mayoría de edad; la Ley 26618 Ley de matrimonio igualitario; la Ley 26522 Servicios de comunicación audiovisual, Delitos contra la Integridad Sexual; la Ley 24476, de Jubilación para las amas de casa; el Decreto de necesidad y urgencia 1602 de Asignación universal por hijo.

Es por ello que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación impacta en los Derechos Humanos de la ciudadanía en general ya que permite alcanzar el respeto por las diferencias, sean culturales, religiosas, por la minorías, por orientación sexual y de género, etc., a la vez que, encara problemas concretos de los sectores más vulnerables de nuestra población: mujeres, niños, niñas y adolescentes, personas con capacidades distintas, colectivos de la diversidad y logra igualar los derechos de los hombres y mujeres.-

Nuestro derecho positivo tenía más de cien años, el Código Civil de Vélez Sarsfield tuvo su fuente principal en el derecho europeo, en cambio el nuevo Código Civil y Comercial toma en cuenta la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales incorporados a nuestra Carta Suprema mediante el art. 75 inc. 22 como los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina ante organismos de Derechos Humanos y que son obligaciones internacionales vigentes jurídicamente en nuestro país.-

Este Código responde a la evolución social y jurídica. Atento a ello, sería importante convenir que se posiciona a los derechos civiles de las mujeres, la igualdad y la prohibición de discriminación, la libertad y la autonomía de la voluntad, los derechos de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, el principio de capacidad progresiva de los mismos, el matrimonio entre personas del mismo sexo con su consiguiente equiparación, las uniones convivenciales. Por último la ley de salud mental que reconoce como principio, la capacidad siendo la restricciones excepcionales y su interpretación también.-

Especialmente en el marco del derecho civil el Código Civil de Vélez Sarsfield pensaba en un prototipo de paradigma "el pater familiae" el cual era un hombre, sano, adinerado, educado y con buena posición, para lo cual con dicha vara se regulaban el dominio, la posesión, las sucesiones, el régimen patrimonial del matrimonio, los contratos, las responsabilidades etc. En tanto ni se tenían en cuenta reconocimientos de derechos de aquellos colectivos invisibilizados.-

En el nuevo Código Civil y Comercial, no se realizan distinciones de sexo a los efectos de definir quiénes pueden unirse en matrimonio,

manteniendo el avance logrado con la Ley 26618 de matrimonio igualitario, como así también al momento de la disolución del matrimonio, mediante la propuesta de convenio regulador, será beneficiosa para todos los miembros de la familia ya que se propicia el acuerdo entre los esposos: con este sistema de igualdad y consenso será un acceso a la igualdad de oportunidades para las mujeres. Además la responsabilidad parental se concibe como una función de acompañamiento -que ejercen los progenitores en interés del hijo- actuando los tres principios: de interés superior, de autonomía progresiva y derecho a ser oído, como límites al actuar de sus padres con el objeto de lograr el equilibrio.

El nuevo Código Civil y Comercial democratiza el derecho y se protege a los vulnerables, en un lenguaje sencillo y términos accesibles, aunque hubiera sido preferible, sin perjuicio de lo engorroso de su redacción, el uso de un lenguaje no sexista.

Este plexo normativo consagra los derechos civiles de a los/as convivientes saldando una vieja deuda pendiente del colectivo de mujeres en cuanto a la invisibilización histórica de las mujeres bajo el linaje paterno.

El crecimiento de la opción de las uniones convivenciales como vínculo no había venido acompañado necesariamente de información respecto de los escasísimos derechos que podían derivarse de éste. No siempre esta modalidad de unión es fruto del libre ejercicio de la autonomía sino que, muchas veces estaba asentado en falsas expectativas respecto de la propiedad y de los derechos sobre los bienes producidos durante dicha unión.-

Se revierte la desigual situación que se da entre los/as hijos/as de los matrimonios entre personas del mismo y diferente sexo.-

Se reconoce el valor económico del trabajo doméstico y el referido a la crianza de los hijos/as al igual que los/as cónyuges se deben alimentos entre sí durante la convivencia y la separación de hecho.- Para lo cual el trabajo doméstico y la crianza de los/as hijos/as y sus edades, como la colaboración de un cónyuge en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro/a se deberán tener en cuenta para el establecimiento del sistema de compensaciones.-

El típico caso de la mujer que trabaja como secretaria del otro pero como es familiar no tiene un sueldo: hasta ahora -de acuerdo al Código de Vélez- eso no se tiene en cuenta en las compensaciones. Esto es, una mujer se divorcia y se divide la sociedad conyugal por partes iguales, siendo lo máximo que se puede aspirar a los alimentos en caso de culpa exclusiva.

El nuevo Código Civil impacta en las relaciones de familia y en las relaciones sociales ya que reconoce la división de trabajo dentro del hogar haciendo visible dicho valor. Rige un principio de igualdad y lo que hace es buscar de qué manera esa igualdad se haga efectiva. Para lo cual, si el ejercicio de las responsabilidades parentales es compartido, como correlato debe haber una equiparación económica y no la típica frase "mi marido me ayuda".



El valor de la crianza como principio de equidad y de igualdad se plasma en el Capítulo de “Responsabilidades Parentales” ya que a la hora de evaluar el deber alimentario se reconoce el valor de las tareas de cuidado personal es decir las tareas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal de los/as hijos/as y que generalmente están a cargo de las mujeres y que la jurisprudencia de manera discreta se encontraba contemplando. Esto permite normativizar situaciones de hecho que permiten que las mujeres vean reconocidas sus tareas desde lo económico y desde lo social. Asimismo esto permitirá disminuir la violencia psicológica y el abuso emocional al que están sometidas muchas mujeres a cargo de sus hijos, cuando no son valoradas por las responsabilidades que ejercen en el cuidado de su descendencia. Según un estudio del ELA “es precisamente el trabajo de cuidar a otros el que permite la reproducción de la fuerza que necesita la sociedad capitalista, pero no se trata de cualquier trabajo, tiene características particulares ya que son intergeneracionales, esto es, se cuida a las personas en los extremos de la vida: cuidado de niños/as y a adultos/as mayores”.

Se reconoce en los últimos años que los varones participan más en el cuidado de los hijos/as, dicen que lo hacen principalmente en aquellas tareas vinculadas con el espacio público (llevarlos a la escuela, al médico, realizar paseos, etc.) y no con aquellas que deben efectuarse en el interior del hogar, que poco ha variado el compromiso de los padres varones en las tareas domésticas del hogar, que implica tiempo, desgaste de energía y genera valor.

En la misma sintonía, la atribución de la vivienda resulta trascendental; que se otorgue protección a la vivienda familiar, pues es la casa de la familia la que se protege -sin distinciones matrimoniales o extramatrimoniales-, lo que ha llevado más de cincuenta años plasmarlo a la mayoría doctrinaria y en una decisión política. –

Por su parte, el divorcio, al poder ser solicitado por voluntad de uno sólo de los cónyuges permite acceder a mujeres que son víctimas de violencia de género. Ello permite acelerar la disolución en situaciones donde el dominio que tiene el agresor sobre la persona se reforzaba con largos y tediosos procesos judiciales; este nuevo sistema que prevé la reforma, no sólo refuerza la igualdad de la mujer sino la igualdad en la toma de decisiones de cualquier sujeto civil.-

La eliminación sobre las causales subjetivas de divorcio -siendo este incausado- respeta la libertad y permite mediante las compensaciones económicas que se pueda salir de la crisis traumática y costosa a nivel emocional y patrimonial, tendiendo a equiparar -este desequilibrio producido a causa del divorcio- a la persona que en definitiva se encuentra en una situación de debilidad frente al otro.-

Es oportuno destacar que el art. 52 de la normativa permitirá a quien se sienta lesionado en su intimidad personal o familiar, honra o reputación imagen o identidad o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, pueda reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos.-

*El valor de la crianza como principio de equidad y de igualdad se plasma en el Capítulo de “Responsabilidades Parentales” ya que a la hora de evaluar el deber alimentario se reconoce el valor de las tareas de cuidado personal es decir las tareas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal de los/as hijos/as y que generalmente están a cargo de las mujeres y que la jurisprudencia de manera discreta se encontraba contemplando.*

### **Por su parte, las convenciones matrimoniales implicarán:**

- que se podrá contar con la posibilidad de optar por una declaración -antes o después del matrimonio-
- que evitará avenirse a un sistema de ganancialidad absoluta;
- en este sistema hay una equiparación para aquellas mujeres que decidan optar por la celebración del contrato prenupcial que conlleve ventajas económicas que se pueden sostener individualmente,
- el establecimiento de reglas generales bajo las cuales convivirá la pareja,
- tener una mayor seguridad sobre la administración de los bienes en el matrimonio,
- evitar la afectación en el patrimonio cuando el otro cónyuge tenga problemas legales,
- facilitar el proceso en caso de divorcio.

A su momento, la introducción de la perspectiva de género en el tratamiento de los Derechos de la Infancia, enfatizando en la inclusión de Niño, Niña y Adolescente, permite que esta categoría diferenciada de niños y niñas, sea un emplazamiento razonable de la Ley 26061 que obliga -a quien opera con la ley- tener en cuenta la diversidad de género y exigir un trato diferenciado.-

Otra cuestión importante y que impacta fuertemente en las mujeres que quedan a cargo de sus hijos tras la separación o ruptura, lo conlleva la obligación alimentaria respecto de los hijos que son mayores de edad, ya que según el Código actual a partir de los 18 años de edad es el/la propio/a joven y únicamente él/ella quien puede demandar al otro progenitor no conviviente, pero lo cierto era que en la práctica no se demandaba, ya que implicaba que tuviera que

buscar un profesional del derecho a quien le abonara sus honorarios, e incluso el forzamiento al conflicto de lealtades, que los jóvenes sopesan a la hora de demandar.

Por lo tanto la solución del art. 662 resulta acertada, mediante la cual el progenitor que vive con el hijo mayor de edad, tiene legitimación para obtener la contribución del otro, hasta que cumpla los 21 años tiene derecho a cobrar y administrar las cuotas alimentarias devengadas. Al igual que significa otro avance el art 665 donde se consagra que la mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto, con la prueba sumaria de la filiación alegada.

Por su parte, respecto del nombre se genera un cambio absolutamente positivo en cuando faculta a los padres a que los hijos lleven indistintamente el apellido de la madre o del padre, esto aleja la figura patriarcal, respeta los derechos humanos de las mujeres a tener el mismo tratamiento que los hombres en las cuestiones de familia (CEDAW) y elimina el trato discriminatorio que hasta el momento tienen hacia las mujeres.

Respecto del apellido entre los cónyuges, en la actualidad el único tema que se vincula con eso es lo social, motivo por el cual se ve con

acierto la amplitud que otorga la norma, dejando librado a quienes forman la pareja conyugal el modo con el que se van a presentar frente a la sociedad. De este manera se quita el tinte discriminatorio de la mujer en la pareja heterosexual, la desigualdad entre las opciones respecto del matrimonio, homosexuales frente a los heterosexuales y la relación de subordinación que implica el uso "de" para algunos sectores.

Habrà que preguntarse cuántos hombres estarán dispuestos a usar el apellido de su esposa dentro de una cultura hegemónica patriarcal. Si debemos tener en cuenta que aunque no sea obligatorio el apellido paterno -lo que constituye un avance importante-, si los padres tienen que elegir cuál de los dos van a usar para nombrar a los hijos, se deberá trabajar para que cada apellido, materno o paterno, signifique lo mismo dentro de un principio de igualdad, de paridad en la sociedad.

Como corolario muchas mujeres y hombres siguen eligiendo formar y vivir en una familia, sea esta del tipo que fuere: matrimonial o convivencial, heterosexual, homosexual, unipersonal; por lo tanto el marco legal que las regule logrará propiciar familias más plurales y contribuirá a la paz social, la que excede lo dogmático e ideológico. •

# CRÍTICAS Y CONTRADICCIONES

## Artículo 1255 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

*Ante la reforma de un nuevo Código Civil y Comercial, que entró en vigencia el 1° de agosto, se torna una cuestión de vital importancia hacer notar los defectos legislativos en relación a los honorarios profesionales del artículo 1255 del mencionado Código.*

Podemos considerar que el legislador se extralimitó de acuerdo a la clara separación de competencias que establece nuestra Constitución Nacional, la cual funda un estado con espíritu Republicano y Federal, reconociendo a las provincias el poder originario, donde estas últimas, al suscribir a la Constitución Nacional, delegan ciertas competencias, conservando todo lo delegado expresamente y la materia arancelaria en relación a las profesiones liberales no fue delegada al momento de buscar la unificación legislativa, mediante las normas reguladas por los códigos de fondo (art.75 inciso 12 Constitución Nacional).

La facultad de legislar en materia de policía y arancelaria de las profesiones por parte de los poderes locales, se sustenta en claros preceptos constitucionales.

Por otra parte, la doctrina legal y la jurisprudencia en sucesivos pronunciamientos así se han expedido, reiterando que corresponde al Gobierno Federal el poder de policía sobre las profesiones universitarias, en todo aquello que abarque los alcances y derechos de cada título y reconociendo, como atribución exclusiva de las provincias el dictar las reglamentaciones referidas a la matriculación, el control del ejercicio profesional, las normas de ética y los aspectos arancelarios y disciplinarios.

En el fallo “Cadopi Carlos Humberto c/Buenos Aires Provincia de s/ Acción Declarativa” del 18 de febrero de 1997, se evidencia que el Sr. Carlos Humberto Cadopi dedujo “acción declarativa” contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de obtener que se declare la aplicación en ese Estado Provincial del decreto 2293/92 del Poder Ejecutivo Nacional, en cuanto prevé que un profesional debidamente matriculado en un Colegio Profesional, Asociación o Registro que corresponda a su domicilio real, pueda ejercer su actividad u oficio en otra jurisdicción.

Esto implica un intento de forzar la aplicación de un decreto nacional en el territorio de la provincia de Buenos Aires que regula la matrícula y las condiciones del ejercicio de una profesión liberal, como es la abogacía.

La Corte ha dicho en el mencionado precedente que puede ser de utilidad el pensar en este nuevo artículo 1255 del nuevo Código, lo que claramente surge de las disposiciones constitucionales que protegen la autonomía provincial en la materia:

“Dentro de dichas facultades y poderes no delegados se encuentra la de reglamentar el ejercicio de las actividades profesionales dentro de sus jurisdicciones, en la medida en que con dicha reglamentación no se alteren sustancialmente los requisitos que al efecto exige la norma nacional, pues ésta es suprema a la norma que dictase la provincia, conforme a lo que dispone la Constitución en su artículo 31 (...). En dicho orden de ideas se ha decidido que si bien es facultad del gobierno nacional determinar los requisitos con sujeción a los cuales han de expedirse títulos habilitantes para la práctica de las profesiones liberales por parte de las universidades, cuyos planes de estudio puede dictar el gobierno nacional (...) es atribución de las provincias reglamentarla en tanto y en cuanto la reglamentación no enerve el valor del título respectivo ni invada el régimen de la capacidad civil (...) que si el título habilita para ejercer la profesión, puede concebirse que las autoridades facultadas para reglamentar dicho ejercicio determinen dentro de lo razonable los modos de él según las circunstancias y establezcan requisitos complementarios destinados a asegurar la rectitud y responsabilidad con que la profesión ha de ser ejercida ( fallos, 207: 159 y antecedentes allí citados)”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación rechaza en consecuencia la demanda, ya que la provincia debe adherir al decreto en cuestión, por ser una competencia reservada y no delegada, no comprendiendo los honorarios una cuestión de derecho de fondo.



En consecuencia con ello, ante el avasallamiento de estas normas en el marco de la reforma de un nuevo código de fondo y forma, se considera de acuerdo a lo expuesto a continuación que, el artículo 1255 del nuevo Código Civil y Comercial unificado es inconstitucional.

### FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

En cuanto al marco normativo, se sostiene que, el artículo 75 inciso 12 de nuestra Carta Magna sostiene: “Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones, especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”.

Así también, los artículos 121 decretan: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación” y el artículo 126: “Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político, ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda, ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal, ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado, ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros”.

### CÓDIGO CIVIL DE VÉLEZ SARSFIELD

En su articulado, ya extinguido, se halla el artículo 1627, el cual sostiene que: “El que hiciere algún trabajo, o prestare algún servicio a otro, puede demandar el precio, aunque ningún precio se hubiese ajustado, siempre que tal servicio o trabajo sea de su profesión o modo de vivir. En tal caso, entiéndese que ajustaron el precio de costumbre para ser determinado por árbitros.

“Las partes podrán ajustar libremente el precio de los servicios, sin que dicha facultad pueda ser cercenada por leyes locales. Cuando el precio por los servicios prestados deba ser establecido judicialmente sobre la base de la aplicación de normas locales, su determinación deberá adecuarse a la labor cumplida por el prestador del servicio, los jueces deberán reducir equitativamente ese precio, por debajo del valor que resultare de la aplicación estricta de los mínimos arancelarios locales, si esta última condujere a una evidente e injustificada

desproporción entre la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida. (Párrafo incorporado por art. 3° de la Ley N° 24432 B.O. 10/1/1995.)”

Este artículo que es un claro antecedente de la norma en crisis, ya fue declarado inconstitucional por la disidencia del notable Dr. Negri en la causa C. 92.2061 - SCJBA, “Feltrin, Alberto Juan y otro contra Banco Francés S.A. Ejecución de honorarios”.

Allí declara de oficio la inconstitucionalidad del mencionado artículo: “En mi criterio y tal como lo he expresado en las causas L.77.914 (sent. del 2-X-2002), C. 82.557 (sent. del 8-VI-2005) y C.70.086 (sent. del 16-IV-2008), entre otras, es el propio legislador nacional el que se autolimita en el alcance territorial que atribuye a la ley 24432, cuando su art. 16 “invita a las provincias a adherir al presente régimen en lo que fuere pertinente... Sin embargo, el último párrafo del art. 1627 del Código Civil (texto según ley 24432), desplaza el ordenamiento local en la materia de honorarios y aranceles profesionales sin que esa adhesión se haya concretado, en clara violación entonces, de lo normado en los arts. 75 inc. 12 y 121 de la Constitución nacional... los jueces deben, aún de oficio, declarar la inconstitucionalidad de las normas que en su aplicación concreta padezcan dicho vicio, ya que el tema de la congruencia constitucional se les plantea antes y más allá de cualquier propuesta de inconstitucionalidad formulada por las partes (conf. Causas L. 51.220, sent. del 10-VIII-1993, L 51.550, sent. del 22-II-1994, entre muchas otras) considero, que frente a la incompatibilidad de la norma del art. 1627 del Código Civil último párrafo (texto según ley 24432) con el texto de los arts. 75 inc. 12 y 121 de la Constitución nacional, la misma ha de ser declarada inconstitucional.”

### NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

Del libro Tercero, Derechos Personales, Título IV, Capítulo 6, Sección 1ª en cuanto a disposiciones comunes a las obras y servicios, es donde se encuentra el artículo 1255 puesto en crisis, el cual regula sobre el Precio: “El precio se determina por el contrato, la ley, los usos o, en su defecto, por decisión judicial.

Las leyes arancelarias no pueden cercenar la facultad de las partes de determinar el precio de las obras o de los servicios. Cuando dicho precio debe ser establecido judicialmente sobre la base de la aplicación de dichas leyes, su determinación debe adecuarse a la labor cumplida por el prestador. Si la aplicación estricta de los aranceles locales conduce a una evidente e injustificada desproporción entre la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida, el juez puede fijar equitativamente la retribución.

Si la obra o el servicio se ha contratado por un precio global o por una unidad de medida, ninguna de las partes puede pretender la modificación del precio total o de la unidad de medida, respectivamente, con fundamento en que la obra, el servicio o la unidad exige menos o más trabajo o que su costo es menor o mayor al previsto, excepto lo dispuesto en el artículo 1091” (Teoría de la imprevisión).

Decreto Ley N° 8904/77. Título V. De los honorarios por la labor judicial. El artículo 9° del Decreto Ley N° 8904/77 establece: “Institúyase con la denominación de “Jus” la unidad de honorario profesional de Abogado o Procurador, que representará el uno (1) por ciento de la remuneración total asignada al cargo de Juez Letrado de Primera Instancia de la Provincia de Buenos Aires, entendiéndose por tal la suma de todos aquellos rubros, sea cual fuere su denominación – incluida la bonificación por antigüedad por el tiempo exigido por el artículo 178 de la Constitución Provincial-, cuya determinación no dependa de la situación particular del Magistrado. La Suprema Corte de Justicia suministrará mensualmente el valor resultante, eliminando las fracciones decimales”. (Párrafo incorporado por la Ley N°11593).

### CONSIDERACIONES FINALES

Este artículo se encuentra dentro del capítulo del precio de los servicios y establece que:

“Cuando dicho precio debe ser establecido judicialmente sobre la base de la aplicación de dichas leyes, su determinación debe adecuarse a la labor cumplida por el prestador. Si la aplicación estricta de los aranceles locales conduce a una evidente e injustificada desproporción entre la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida, el Juez puede fijar equitativamente la retribución.”

Aquí claramente –y por expresa mención al inicio del artículo– se dejan de lado las leyes arancelarias locales, otorgando al juez facultades de cercenarlas por considerar los trabajos evidentemente desproporcionados o injustificados.

Este criterio subjetivo implica una gran inseguridad jurídica, pero además una clara vulneración de la Constitución Nacional en contra de los poderes de las provincias, puesto que, con una ley nacional se modifican literalmente leyes provinciales en materia no delegadas.

Así, de un simple plumazo, se posibilita la reducción de los honorarios profesionales atendiendo a la subjetividad judicial que puede ser dispar entre las diferentes localidades de la provincia o incluso entre los distintos juzgados de un mismo Departamento Judicial, vulnerando toda equidad en las remuneraciones y permitiendo que se deje de lado el verdadero carácter y naturaleza de los honorarios por toda labor realizada por un abogado, no llegándose a ver reflejada en un expediente, porque convengamos, el juez solo puede medir subjetivamente la tarea del abogado por lo que refleja el expediente en el que interviene.

Las demás cuestiones extrajudiciales que la ley arancelaria pretende abarcar mediante una casuística propia de la labor objetivamente determinable y el establecimiento de honorarios mínimos, contempla la labor especializada que realiza el profesional y posibilita un mínimo de previsibilidad en el honorario.

Todo ello no debe dejar de lado el quid de la cuestión, que no es lo injusto de la posibilidad de que un juez tenga mayores subjetividades al momento de regular los honorarios que en la actual ley

*Así, de un simple plumazo, se posibilita la reducción de los honorarios profesionales atendiendo a la subjetividad judicial que puede ser dispar entre las diferentes localidades de la provincia o incluso entre los distintos juzgados de un mismo Departamento Judicial, vulnerando toda equidad en las remuneraciones y permitiendo que se deje de lado el verdadero carácter y naturaleza de los honorarios por toda labor realizada por un abogado, no llegándose a ver reflejada en un expediente...*

arancelaria (donde hay subjetividades como establece claramente el artículo 16 del Decreto Ley N° 8904/77 y los posibles porcentajes, por ejemplo el artículo 21: “En todos los procesos susceptibles de apreciación pecuniaria, por las actuaciones de primera instancia o en Tribunales Colegiados de Instancia Única, hasta la sentencia, el honorario del abogado será fijado entre el ocho (8) y el veinticinco (25) por ciento de su monto), sino que lo central, más allá de lo opinable, es que la norma se aparte de la Constitución Nacional, desconociendo la competencia de los gobiernos locales en regular la materia arancelaria de la matrícula de las profesiones liberales.

Ya entonces, se ha declarado la constitucionalidad del artículo 505 del Código Civil (antecedente del artículo 730 del nuevo Código) por ser éste una modificación al factor de la atribución de la responsabilidad, sus límites y alcance de la obligación que recae sobre el deudor.

Es por ende, una cuestión netamente de fondo (materia delegada por las provincias) no alterando a la regulación de honorarios en sí misma. Pero evidentemente en el caso del artículo 1255 del nuevo Código Civil y Comercial, es clara la tesitura referida al cercenamiento del quantum de los honorarios, por ende no hay delegación y sí una intromisión en el poder originario y no delegado por la Provincias.

Es decir, que el argumento utilizado por la CSJBA (“causa L. 7.859, “A., V.A. contra Expreso Nueve de Julio S.A. Daños y perjuicios y ley 24028”) para declarar la constitucionalidad del artículo 505 del Código Civil de Vélez Sarsfield y el artículo 730 en el nuevo código unificado, contrario sensu define la inconstitucionalidad del artículo 1255 del Código Civil y Comercial que entró en vigencia el 1 de agosto del corriente año, en los términos de la disidencia citada del Dr. Negri. •