

Revista Electrónica

Año IX – N° 15 - 2015

Instituto de Investigaciones Jurídicas y
Sociales "Ambrosio L. Gioja"



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

Revista Electrónica

Instituto de Investigaciones Jurídicas y
Sociales "Ambrosio L. Gioja"

Año IX – N° 15 - 2015

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB) – 1er. Piso
Horario de Atención: Lunes a Viernes de 9 a 20 horas.
Teléfono: 054 –1-4-809-5629/32
URL: www.derecho.uba.ar/revistagioja
e-Mail: revistagioja@derecho.uba.ar



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

EDITOR RESPONSABLE

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"
(Av. Figueroa Alcorta 2263, primer piso, C1425CKB, Buenos Aires, Argentina)

DIRECTOR Y EDITOR RESPONSABLE

Carlos María Cárcova

COMISIÓN DE REDACCIÓN

Martín Aldao

Mariana Antón Pérez

Mauro Benente

Clara Minaverry

Celeste Novelli

Luciana B. Scotti

Leticia Vita

COMITÉ CIENTÍFICO

David Baigún

Oscar Casas

Sara L. Feldstein de Cárdenas

Cecilia P. Grosman

Hortensia D. T. Gutiérrez Posse

Abelardo Levaggi

Julio Maier

Guillermo R Moncayo

Tulio E. Ortiz

ÁRBITROS ESTABLES

Ignacio Gabriel Anitua

Luis F. Castillo Argañarás

Nancy Cardinaux

María Laura Clérico

Aníbal D´Auria

Juan Carlos Frontera

Mónica S. Rodríguez

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Federico José Lago

Sumario

EDITORIAL

- CARLOS MARÍA CÁRCOVA

Pag.
5

INVESTIGACION

- Leandro Baltar - *LAS SUCESIONES INTERNACIONALES A LA LUZ DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN: ¿UN PEQUEÑO GRAN CAMBIO?* 7
- Pamela Cacciavillani - *¿UN CÓDIGO PARA UNA SOCIEDAD MULTICULTURAL? ALGUNAS REFLEXIONES HISTÓRICO-JURÍDICAS SOBRE EL PROCESO DE UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL EN ARGENTINA* 25
- Gustavo Caramelo - *HACIENDO FOCO. (EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL COMO UNA MEJOR HERRAMIENTA PARA LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES DE LAS PERSONAS)* 39
- Rosana Gabriela Lefevre y Gabriela Esteban - *UNA VISIÓN PANORÁMICA DE LAS NUEVAS "SOCIEDADES INCLUIDAS" DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES* 63
- Adriana Porcelli - *REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN* 79
- Liliana Ronconi - *EL NUEVO CÓDIGO CIVIL COMO UNA HERRAMIENTA IGUALITARIA: LA REGULACIÓN DEL APELLIDO DE LXS HIJXS* 121

EDITORIAL

Como es conocido, una reforma de la legislación civil y comercial de cualquier país, constituye por una parte un trabajo impropio y por la otra una apuesta al futuro.

En nuestro país, en particular, el derecho privado estuvo por muchas décadas regulado por dos legislaciones fundamentales. El Código Civil, redactado por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield y aprobado por el Congreso de la Nación el 29 de septiembre de 1869, que fue al decir del recordado Prof. Edmundo Gatti, investigador de este Instituto y brillante Maestro en el área de los Derechos Reales, un verdadero monumento jurídico. Lo cierto es que su extensa vigencia acredita las excepcionales virtudes jurídicas del Codificador, tanto como su inteligente visión anticipatoria. Ese cuerpo legal, como no podía ser de otra manera, con el transcurso del tiempo acogió algunas reformas fundamentales que, sin embargo, no le restaron peso a su impronta original. También fueron dictadas más de un centenar de leyes complementarias que se incorporaron al Código para dar respuesta a nuevas demandas resultantes de transformaciones epocales en todos los campos de las relaciones humanas.

Por su parte, el Código de Comercio había alcanzado consagración como ley Nacional N° 15 algunos años antes que el Civil, se sancionó el 10 de septiembre de 1862 y fue promulgado el día 12 del mismo mes y año. Fue redactado por el propio Dalmacio Vélez Sarfield y Eduardo Acevedo. Dada la materia mercantil que debía regir y la velocidad propia de las actividades negociales, este instrumento jurídico sufrió muchas reformas y actualizaciones parciales e incorporó más de dos centenares de disposiciones complementarias a través de leyes, decretos leyes y otros instrumentos normativos.

Los cuerpos legales de referencia sumaron oportunamente muchos miles de disposiciones, nada más que el Código Civil contenía 4051 artículos y el Código de Comercio con sus leyes complementarias muchos más.

El Gobierno Nacional y los ámbitos parlamentarios y judiciales comprendieron con meridiana claridad que esos monumentos jurídicos de enormes méritos en la construcción y consolidación del Estado Argentino, demandaban en la actualidad transformaciones fundamentales que dieran cuenta de los cambios culturales, históricos, sociales, científicos, políticos y morales que durante los últimos años, particularmente a partir de la reconducción democrática de la institucionalidad, la Argentina había experimentado. Por esa razón se convocó a un grupo de expertos y con los aportes de muchos y connotados especialistas se dio forma a una nueva legislación civil y comercial, ahora unificada, que se aprobó como Código Civil y Comercial de la Nación por medio de la ley N° 26.994, del 8 de octubre de 2014. A pesar de que el nuevo Código es más escueto y regula ámbitos antes diferenciados, ha introducido importantísimas y grávidas innovaciones. Esta edición de la *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas "Ambrosio L. Gioja"* ha estimado necesario y oportuno dedicar el material que lo integra a distintos aspectos de la nueva legislación y lo ha hecho de la mano de destacados especialistas.

Liliana Ronconi nos brinda su visión en “El nuevo Código Civil como una herramienta igualitaria: la regulación del apellido de lxs hijxs”. Luego, en “Haciendo foco (el Código Civil y Comercial como una mejor herramienta para la regulación de los derechos civiles de las personas)”, Gustavo Caramelo aborda la cuestión de la constitucionalización del derecho privado argentino y su impacto en el nuevo código. Acto seguido, Rosana Gabriela Lefevre y Gabriela Esteban nos dan “Una visión de las nuevas ‘sociedades incluidas’ de la ley general de sociedades”. Pamela Cacciavillani nos trae “¿Un código para una sociedad multicultural? Algunas reflexiones histórico-jurídicas sobre el proceso de unificación de los Códigos Civil y Comercial en Argentina”. Asimismo, Leandro Baltar reflexiona sobre “Las sucesiones internacionales a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: ¿un pequeño gran cambio?”. Por último, Adriana Porcelli se detiene en el análisis de la “Regulación jurídica de los contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación”.

Esperamos realizar de este modo un aporte útil y significativo para estudiosos y profesionales, tanto de nuestro país como del extranjero y abrimos cordialmente el debate con nuestros lectores para que se expresen sobre aquellos aspectos que les merezcan especial interés.

Hasta la próxima.

Carlos M. Cárcova
Director

LAS SUCESIONES INTERNACIONALES A LA LUZ DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN: ¿UN PEQUEÑO GRAN CAMBIO?

Por Leandro Baltar

Recibido: 14.08.2015

Aceptado: 20.10.2015

RESUMEN

El Derecho Internacional Privado en Argentina no había gozado, hasta la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, de autonomía legislativa. Ello no implica entender que carecíamos de normas, todo lo contrario, Vélez incorporó normas de estilo, pero las mismas se encontraban dispersas en toda nuestra legislación de fuente interna. El nuevo Código nos trae una sistematización de las normas generando, además, algunos cambios que nos obligan a volver a plantearnos donde nos encontramos. En lo que a las sucesiones internacionales respecta, mucho se ha cuestionado, discutido, analizado y criticado las soluciones brindadas por el viejo Código y es donde nos preguntamos si nuestra nueva regulación solucionará y superará todos los viejos conflictos receptando una solución justa y acorde a las nuevas – y viejas- necesidades del Derecho Internacional Privado.

PALABRAS CLAVES

Sucesión Internacional – Codificación - Derecho aplicable – Juez competente - Nuevo Código Civil y Comercial – Competencias legislativas.

INTERNATIONAL SUCCESSION IN LIGHT OF THE NEW CIVIL AND COMMERCIAL CODE: A LITTLE BIG CHANGE?

By **Leandro Baltar**

ABSTRACT

Private International Law in Argentina did not have, until the entry into force of the New Civil and Commercial Code, legislative autonomy. This does not mean that we lacked understanding of standards, quite the opposite, joined Velez style rules, but these were scattered throughout our insider legislation. The new Code brings a systematization of rules also generating some changes that force us to think again about where we are. As regards international successions, much it has been questioned, discussed, analyzed and criticized the solutions offered by the old Code and is where we wonder if our new regulation will solve and overcome all the old conflicts expecting a just solution and according to the new - and old ones needs of private international law.

KEY WORDS

International succession – Codification - Applicable law - Competent judge - New Civil and Commercial Code - Legislative powers.

LAS SUCESIONES INTERNACIONALES A LA LUZ DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN: ¿UN PEQUEÑO GRAN CAMBIO?

Por Leandro Baltar*

I.- Introducción

El Derecho Internacional Privado, entendido como la rama del Derecho Privado que tiene por objeto el régimen de las relaciones jurídicas en las que existe uno o varios elementos extraños al derecho local (VICO 1935:25), ha sufrido un cambio sustancial en aquello que nuestra doctrina ha llamado autonomía legislativa: desde el 1 de agosto de 2015 contamos con una sistematización¹ de esta materia superando aquella crítica –razonable- al viejo Código por encontrarse las normas dispersas en todo su texto y en leyes especiales.

Mucho se ha abogado y victoreado por la incorporación de un título dedicado exclusivamente a normas que regulen las relaciones iusprivatistas internacionales. Mucho hemos esperado ansiosos y pensativos esta incorporación y muchos hemos criticado la falta de tratamiento, por parte de los parlamentarios, de los proyectos de reforma donde se incluían normas de Derecho Internacional Privado. El día ha llegado, el Código ha entrado en vigencia y tenemos nuevas -y poco novedosas- normas que, mal o bien, implican un avance para el Derecho Internacional Privado argentino.

Ha costado mucho llegar a las normas que acaban de entrar en vigencia, por ello deben ser bien recibidas y no debemos mirirlas con recelo por receptor doctrinas y teorías distintas a las que hubiéramos preferido. Tal como ha expresado Diego Fernández Arroyo *"debe reconocerse que la sistematización del derecho internacional privado argentino operada con el nuevo Código lo hace mucho más visible para todos los operadores jurídicos, de nuestro país y del extranjero, lo que es de por sí algo muy saludable"*. Sin embargo, esto no implica que no debamos analizarlas con una mirada crítica y constructiva.

Partimos de la consideración tripartita del objeto nuestra materia entendiendo, entonces, que existen tres despliegues: la determinación del derecho aplicable, la determinación de la jurisdicción

* Abogado. Docente de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Abierta Interamericana y en materias afines en la Universidad de las Ciencias Sociales y Empresariales y en la Universidad Nacional de Avellaneda.

¹ Lo correcto sería hablar de una sistematización o autonomía legislativa incompleta, pues no se han cubierto todos los temas debido a que el Código solo cuenta con normas civiles y comerciales.

internacional y la cooperación interjurisdiccional internacional³. Estos despliegues no se superponen ni se excluyen entre sí, todo lo contrario, se vinculan y complementan muy estrechamente.

Una correcta regulación de nuestra materia -para comenzar- debería como mínimo ocuparse de este triple objeto mediante la incorporación de normas que resuelvan los problemas propios del Derecho Internacional Privado. Sin embargo, no descartamos la valentía que implica codificar y legislar nuestra materia gracias a la complejidad que ella contiene.

Lo cierto es, sin ánimos de ser prejuiciosos, que el Nuevo Código ha abrazado esta concepción tripartita de modo incompleto. En algunos temas pertenecientes a la parte especial nos encontramos con la falta de normas, sobre todo las de jurisdicción internacional⁴. Además, y por decisión del Poder Ejecutivo, se han eliminado algunas normas que receptaban la cooperación internacional⁵, lo cual implica una gran tristeza para todos los internacionalistas.

Tanto en el derecho argentino como en el ordenamiento jurídico interno de cualquier otro Estado el sistema de sucesión "mortis causa" forma parte de las cuestiones más problemáticas del derecho privado por involucrar cuestiones referidas al derecho de propiedad y al derecho de familia. El ámbito de las sucesiones ha estado, desde hace varios años, bajo una mirada cautelosa no solo de los doctrinarios sino también de nuestros magistrados. La dificultad que se presenta en esta materia se debe a que, conforme ya fuera regulado por nuestro codificador, nos encontramos a lo largo de todas las normas sucesorias con un ámbito muy escueto en cuanto a la autonomía de la voluntad y, en más de una ocasión, nos encontraremos con normas que reflejan principios de orden público internacional los cuales, como bien sabemos, limitan la aplicación de un derecho extranjero -llamado por la norma de conflicto- cuando los afecten⁶.

En el Nuevo Código encontraremos normas que abarcan tanto la determinación de la jurisdicción como así también el derecho aplicable a las sucesiones internacionales. Es lógica la no incorporación de normas de cooperación propias por lo cual deberá estarse a las normas generales. Analizaremos estas normas por separado como la cuestión se merece y veremos si, como esperábamos, se han receptado soluciones acordes a la necesidad y justicia que las relaciones merecen.

¿Hemos dado un gran paso?

¿Se ha aprovechado la oportunidad para lograr incorporar las normas que tanto hemos añorado?

² FERNÁNDEZ ARROYO, D. "Argentina: Comentarios sobre el nuevo derecho internacional privado para la República Argentina" en <https://cartasblogatorias.com/2014/10/29/argentina-observaciones-al-nuevo-dipr-para-la-republica-argentina/>

³ Consideramos superado la discusión respecto a la incorporación de la cooperación en el objeto del Derecho Internacional Privado enrolándonos en la teoría tripartita integral.

⁴ En materia de Responsabilidad Parental y del Nombre de las Personas Humanas no se ha incorporado norma de jurisdicción.

⁵ El Anteproyecto contenía normas de, como ha llamado la doctrina, cooperación internacional de 3 grado referidas al reconocimiento y ejecución de sentencias, manteniéndose únicamente la regulación de 1 y 2 grado. Así mismo, se ha eliminado la norma de cooperación internacional en materia de adopción internacional sin expresarse argumento alguno a tal supresión.

¿Nos hemos perdido la chance de mejorar nuestras soluciones y poder ubicarnos en un Estado mejor receptivo del Derecho Internacional Privado?

Mucho se ha propuesto en cuanto a cómo regular el Derecho Internacional Privado, tres proyectos de reforma han pasado sin éxito⁷, interminables artículos doctrinarios se han escrito en cuanto a la mejor solución en materia sucesoria internacional, etc. Las posturas están, las doctrinas se han desarrollado, el conocimiento estaba de nuestra parte y el momento en nuestras manos: ¿Hemos alcanzado la mejor regulación posible?

II.- Jurisdicción Internacional en materia sucesoria

Varias son las definiciones que se le han dado al concepto de jurisdicción internacional. Berta Kaller de Orchansky (KALLER DE ORCHANSKY 1990:450) sostiene que implica determinar cuál es el país cuyos jueces son competentes para entender en un caso mixto y recién que se haya atribuido jurisdicción internacional a un determinado país, serán sus reglas internas de tal país las que distribuyen la competencia en razón de la materia, territorio y grado. Así es como llega a la conclusión que la jurisdicción internacional se relaciona con el reparto de los casos en la comunidad internacional a diferencia de la competencia interna que alude, también a un reparto, pero el mismo se realiza exclusiva y únicamente dentro de la comunidad nacional.

Por su parte, Werner Goldschmidt entiende que la problemática está centrada en determinar en qué supuestos son competentes los tribunales argentinos y cuando lo son los tribunales de otros países. Así es como, este prestigioso doctrinario, señala que no debe confundirse esta problemática con el problema de la delimitación de la soberanía según la regla de las normas de Derecho Internacional Público. La jurisdicción internacional es *"la delimitación del poder entre los diferentes Estados para resolver los conflictos surgidos en casos con elementos extranjeros"* (GOLDSCHMIDT 2009:874). Es importante traer a colación la consideración que realiza al señalar que la jurisdicción internacional lleva la impronta de la organización judicial de cada Estado.

Por su parte, Diego Fernández Arroyo entiende que la jurisdicción es la referencia a *"la potestad que corresponde a los jueces y tribunales de un Estado para conocer y resolver los casos de DIPr, es decir, respecto de las relaciones jurídicas de carácter privado que están vinculadas con dos o más ordenamientos jurídicos"* (FERNÁNDEZ ARROYO 2003:175).

⁶ El derecho sucesorio contiene principios fundamentales que forman parte del llamado orden público internacional el cual, en simple palabras, limita la aplicación del derecho extranjero llamado por la norma de conflicto cuando se vean afectados.

⁷ El primer proyecto de reforma se gestó el año 1986, por iniciativa del diputado nacional Jorge R. Vanossi, cuando se presentó al Congreso un proyecto destinado a dar positividad y vigencia al Código de Derecho Internacional Privado y a la Ley de Derecho Procesal Internacional, que elaborara en 1974 Werner Goldschmidt. El segundo intento se dio dentro del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998 cuyo Libro VIII trataba los temas de DIPr. El

Mucho se ha discutido al momento de determinar la competencia de los jueces argentinos en materia sucesoria internacional. El enfrentamiento entre las dos grandes doctrinas no solo se ha dado en el campo del derecho aplicable sino que, también, se transportó al conflicto de jurisdicción⁸.

Esta situación ha llevado a que la doctrina se enfrente, una vez más, en las interpretaciones de las normas elaboradas por nuestro gran codificador. El Código Civil de Vélez contenía normas de jurisdicción para las sucesiones internacionales siendo uno de los contados casos donde el codificador abordó y reguló el tema.

Así entonces, el viejo artículo 3284 disponía que "*La jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto...*". Si clasificamos esta norma de jurisdicción nos encontrábamos con una norma con un único contacto jurisdiccional de carácter **no exclusivo**. No había distinción alguna respecto a la calidad y naturaleza del bien por lo que, siguiendo una interpretación literal del mismo, todos los bienes debían ser llevados al proceso sucesorio ante un único juez: el del último domicilio.

Ahora bien, este principio general tenía una excepción: si el causante hubiera dejado un solo heredero, por cuestiones de economía procesal, se le otorgaba competencia al juez del domicilio de este heredero (conf. artículo 3285 del viejo Código Civil). Esta norma fue muy vapuleada por la doctrina –con justa razón– pues para considerarse "único heredero" se requiere una declaratoria que así lo determine y ella solo puede ser dictada por juez competente, por lo cual caemos en un círculo vicioso imposible de superar. Sin embargo, no debe descartarse el mérito de esta norma pues no sería práctico obligar a aquel único heredero a tener que litigar en el extranjero.

Como bien puede notar el lector, en ningún momento Vélez hablo del lugar de situación de los bienes, el famoso foro del patrimonio. Sosteniendo este razonamiento, no interesaba el lugar donde los bienes se encuentren ubicados para determinar la jurisdicción internacional, en la determinación del derecho aplicable otra es la historia.

Más aún, si la intención del codificador hubiera sido incluir el foro de patrimonio, así como previo la situación del único heredero con domicilio local, hubiera previsto el mismo supuesto pero con algún bien inmueble radicado en Argentina ¿verdad? Sin embargo, ello no fue suficiente para que cierta parte de nuestra doctrina⁹ y jurisprudencia haga uso –incorrecto– del viejo artículo 10 del Código para invocar el foro del patrimonio¹⁰.

Solo diremos que consideramos incorrecta su invocación y uso toda vez que dicha norma determinaba el derecho aplicable a los bienes inmuebles y no disponía en ninguna parte de su texto la

último intento de codificación de la materia se dio en el año 2003 cuando se realizó un Código de Derecho Internacional Privado a cargo del Ministerio de Justicia.

⁸ Parte de la doctrina entendía que la jurisdicción se encontraba en el último domicilio del causante estableciéndose una unidad jurisdiccional. De una mirada contraria encontramos a autores como Boggiano (BOGGIANO 2003:493) para quien los jueces argentinos poseían jurisdicción si localmente se encontraba: el último domicilio del causante, el domicilio del único heredero o el foro del patrimonio.

⁹ Werner Goldschmidt decía que "no se debe inferir del derecho aplicable la jurisdicción competente. En realidad, se trata del fuero internacional del patrimonio". (Detalles de la reglamentación del régimen sucesorio, p. 382).

determinación de competencia, tampoco podemos extraer de ella un *forum causae*¹⁰. Si era muy cuestionable su uso para la determinación del derecho aplicable en las sucesiones internacionales mucho más lo era para determinar la jurisdicción. Así como en otros temas se nos ha criticado a los internacionalistas por forzar la interpretación de los artículos, la norma era muy clara en su contenido y alcance, pero se han valido de ella sin escrúpulos para sostener soluciones territorialistas ajenas a la intención del codificador y lacerantes del Derecho Internacional Privado Procesal. Tampoco compartimos aquella postura doctrinaria y jurisprudencial que consideraba de aplicación analógica la disposición del artículo 16 de la ley 14394, en el cual se otorgaba competencia al juez del lugar de situación bienes abandonados en caso fracasar la determinación del domicilio o residencia del ausente (BOGGIANO 2003:518).

¿El Nuevo Código Civil y Comercial ha incorporado algún cambio al respecto? ¿Lograremos superar este arduo conflicto entre internacionalistas y entre internacionalistas y civilistas? ¿Nos dará una solución acorde a la justicia que el caso jusprivatista con elemento extranjero se merece?

Para responder estas preguntas debemos acudir al artículo 2643 en el cual se dispone que: "*Son competentes para entender en la sucesión por causa de muerte, los jueces del último domicilio del causante o los del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de éstos*". Esta norma que, en una simple lectura, parece muy clara y sencilla, no lo es. Nos encontramos con la obligación de establecer algunos señalamientos e interpretaciones para despejar toda duda sobre como la determinación de la competencia.

En primer lugar, se mantiene como determinación de la competencia el juez del último domicilio del causante, manteniéndose un contacto jurisdiccional personal. Acertadamente el Nuevo Código nos brinda una calificación¹² *-lex fori-* de dicho contacto jurisdiccional¹³ en su artículo 2613 entendiéndolo como el lugar en que reside con la intención de establecerse en él y, en caso de no poder localizarse, debe acudir al Estado de la residencia habitual siendo este último aquel lugar en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado.

La segunda parte de la norma es la que debe llamarnos más la atención y la cual nos obliga a realizar una correcta interpretación para evitar caer en absurdos no deseados. Conforme a su texto, los jueces argentinos ostentarían competencia si los bienes inmuebles se encuentran situados en nuestro territorio pero **solamente** podrán entender en la sucesión respecto de ellos si el domicilio del causante se encuentra en el extranjero. No se ha receptado el foro del patrimonio en su forma más pura toda vez que no establecerse la competencia de los jueces por el lugar de ubicación: la norma no habla de la competencia sobre los bienes inmuebles situados en el extranjero ni de los bienes muebles.

¹⁰ "La jurisdicción internacional de los jueces argentinos basada en la existencia de bienes relictos en el país (foro de patrimonio) es concurrente con el del juez del último domicilio del causante emplazado en el extranjero, y no exclusiva del primero" (CC San Martín, Causa n° 62287, sentencia del 9-3-2010, Jueces Scarpatti-Mares).

¹¹ En casos aislados se ha extraído la jurisdicción acudiendo al *forum causae* o *-también llamado- paralelismo*, lo cual implica otorgarle jurisdicción a las autoridades del estado cuyo derecho es aplicable. (BOGGIANO 2003:492).

¹² Calificar es definir los términos empleados en la norma de Derecho Internacional Privado de acuerdo a un determinado ordenamiento jurídico (BIOCCA, CÁRDENAS, BASZ 1990:169).

¹³ El Código de Vélez no contenía una calificación de "domicilio" para el Derecho Internacional Privado, lo cual ha llevado a la doctrina y jurisprudencia a acudir a las definiciones que se encontraban en la parte general y para casos domésticos.

Dos conclusiones nos permiten llegar este segundo contacto jurisdiccional:

a.- La norma no recepta, claramente, un foro de exclusividad¹⁴. Esto implica que, teniendo en cuenta la técnica legislativa utilizada, los herederos tienen la posibilidad de elegir ante qué juez abrir el proceso sucesorio. A esta conclusión podemos llegar pues la norma dice "o" estableciendo un suerte de concurrencia¹⁵. Así lo entiende nuestra doctrina que, al interpretar las nuevas normas, expresan "*El art. 2643 en su redacción no establece que la "regla general" en materia de jurisdicción sucesoria es la de los jueces del último domicilio del causante, "salvo" o "excepto" que existan bienes inmuebles situados en Argentina sino que, por el contrario, establece una concurrencia...*"¹⁶

Pensemos el siguiente supuesto: acervo hereditario compuesto por bienes inmuebles situados en Argentina y en el extranjero y donde el último domicilio del causante se encuentre en el extranjero. Ante esta situación los herederos pueden optar por abrir el proceso sucesorio en el extranjero por la primera parte de la norma: último domicilio del causante, sin tener la obligación de abrirlo de manera local. Conforme nuestra norma de jurisdicción este juez foráneo ostenta la competencia para resolver la sucesión internacional en su totalidad.

Pero también pueden separar los procesos sucesorios: al encontrar bienes raíces locales puede abrir la sucesión de ellos en nuestro territorio y, el resto del acervo hereditario, someterlo al proceso sucesorio ante el último domicilio del causante.

Es correcto, la norma establece una concurrencia pero también un fraccionamiento. ¿Por qué hay un fraccionamiento? Es simple: si los herederos abren en primer término el sucesorio de manera local, el juez argentino no podría declinar su competencia pero solo entendería sobre los bienes inmuebles locales sobre el resto deberá enviar a los herederos al juez del último domicilio del causante. Como consecuencia de ello habrá dos procesos sucesorios.

b.- Esto nos lleva a la segunda conclusión: Toda sucesión internacional llevada ante el juez del último domicilio del causante –situado en el extranjero– que recaiga sobre bienes inmuebles ubicados en nuestro territorio debe ser reconocida, en principio, de manera local en cuanto al control de competencia. En el nuevo Código se han suprimido las normas referidas al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras manteniéndose la disposición contenida en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo artículo 517 establece los requisitos que

¹⁴ Siguiendo las enseñanzas del gran Werner Goldschmidt, la jurisdicción internacional exclusiva es aquella cuando la norma solo recepta una conexión procesal posible siendo ella la del propio Estado donde se desprenda la norma. Este tipo de jurisdicción contiene un doble fundamento: por un lado existe un vínculo sociológico estrecho con el Estado que la recepciones y, por el otro, tiene una correlación muy significativa con el interés jurídico y político. Se las entiende como aquellas que emplean un único punto de conexión posible y por lo tanto una única posibilidad de accionar ante los jueces de ese Estado.

¹⁵ La jurisdicción internacional concurrente permite que las autoridades de más de un Estado puedan declararse competentes pudiéndose entablar el proceso ante cualquiera de ellas –no en ellas al mismo tiempo desde ya– no pudiendo, en principio, desconocerse posteriormente dicha sentencia.

deben cumplirse para que la sentencia dictada por autoridad foránea produzca efectos localmente. Entre todos ellos nos interesa la primera parte del inciso 1 en el cual se dispone que "...la sentencia... emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional...". Conforme ello, y al supuesto planteado, esa sentencia superaría el control de competencia bilateral¹⁷ exigido.

Deseamos detenernos unos minutos más en la no exclusividad del foro del patrimonio receptado por la norma. El Nuevo Código en su artículo 2609 establece los casos en los cuales Argentina se reserva la exclusividad jurisdiccional. En su inciso primero dispone "Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para conocer en las siguientes causas: a) en materia de derechos reales sobre inmuebles situados en la República..." Siguiendo los lineamientos de Diego Fernández Arroyo¹⁸ los criterios de exclusividad son de carácter excepcional y su "ámbito de aplicación no debe extenderse más allá de lo estrictamente contemplado en ellos". Con lo cual, solo en materia específicamente de derechos reales hay exclusividad descartándose ella en materia sucesoria.

Otro de los cambios que contiene el Nuevo Código es la supresión del viejo 3285, con lo cual el único heredero ya no podrá recurrir al juez de su domicilio para iniciar el proceso sucesorio. Tal como señala Luciana Scotti, esta posibilidad es una facultad que queda exclusivamente para los juicios sucesorios domésticos (SCOTTI 2015: 246).

Por último, no debemos olvidar que el Nuevo Código ha receptado la doctrina jurisprudencial nacida en el caso "Vlasov"¹⁹ elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Según Fernández Arroyo "...se configura como un remedio basado en el derecho fundamental de acceso a la justicia que permite otorgar competencia judicial internacional a jueces que en principio carecen de ella para evitar supuestos de denegación de justicia..."²⁰

Conforme al artículo 2602 los jueces argentinos pueden declararse competentes, de modo excepcional, invocando el foro de necesidad el cual queda sometido a varios requisitos: evitar una denegación de justicia, que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero, que exista contacto suficiente con el país, que se garantice el derecho de defensa en juicio y que se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz.

¹⁶ ALL, PAULA MARÍA (2014) "Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Comentado" (RIVERA J.C. Y MEDINA G. COORD), Buenos Aires. Editorial La Ley. Tomo 6, 2014, Pág. 919.

¹⁷ El control de competencia bilateral dispone que, al momento de reconocer y / o ejecutar una sentencia dictada en el extranjero de manera local, la misma debe haber sido dictada por juez competente conforme tanto la legislación del magistrado que se expidió como por las normas de determinación de jurisdicción internacional argentinas. En defecto de ello –no siendo competente por nuestras normas de jurisdicción- la sentencia no será ejecutable de manera local. A diferencia de ello, el control unilateral de competencia solo verifica que no exista jurisdicción exclusiva del Estado requerido (unilateral doble).

¹⁸ FERNANDEZ ARROYO, D (2014) "Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Comentado" (RIVERA J.C. Y MEDINA G. COORD), Buenos Aires. Editorial La Ley. Tomo 6, 2014, Pág. 822

¹⁹ E. Cavura de Vlasov c/ A. Vlasov", del 25/3/1960, publicado en LL, 98-287.

²⁰ FERNANDEZ ARROYO, D. "Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana" Publicado en: <http://www.oas.org/dil/esp/293326%20diego%20fern%c3%a1ndez%20a.%20def.bis.pdf>

En el supuesto de que el acervo hereditario este compuesto únicamente por bienes muebles situados de manera local y el causante tenga su último domicilio en el extranjero en principio el juez argentino sería incompetente. ¿Podría acudir al foro de necesidad? Claramente sería posible si el derecho del último domicilio del causante determina la competencia por el lugar de situación de los bienes sin importar su naturaleza, pues de caso contrario no habría juez competente.

III.- El derecho aplicable a las sucesiones internacionales en el Nuevo Código.

Una de las batallas más arduas, feroces y longevas dentro de la interpretación de las normas de Derecho Internacional Privado creadas por Vélez se encontraba centrada en la determinación del derecho aplicable a las sucesiones internacionales y el sistema que había elegido²¹.

Muchos han sido los argumentos y fundamentos que se han dado a favor para cada una de las posturas tradicionales –unidad²² y pluralidad²³- mientras que la jurisprudencia argentina en su mayoría se inclinaba por una postura más cerca a la mixta²⁴ encontrando, en muy contados casos, algunas sentencias de jueces partidarios de la unidad²⁵.

Uno de los grandes desafíos que tuvieron en sus manos los especialistas a la hora de redactar las normas, entre tantos otros, ha sido determinar por cuál de las distintas posturas inclinarse. En los fundamentos al anteproyecto se ha dicho que “...el tratamiento del derecho de las “sucesiones” con elementos extranjeros ha respetado las líneas de la jurisprudencia mayoritaria de nuestro país...” Más allá de que podamos compartir o no con el criterio receptado por el Nuevo Código, lo que será analizado más adelante, considerar que la solución propuesta viene dada por mantener los lineamientos de la jurisprudencia mayoritaria es un fundamento que deja mucho que desear.

En primer lugar, creemos que es poco suficiente este fundamento pues ello no refleja lo que la sociedad necesita. El derecho tiene como base las relaciones sociales y siempre debe seguir a las

²¹ Siguiendo a Berta Kaller de Orchansky: El sistema de la unidad afirma que una sola ley aplicable debe resolver las cuestiones esenciales que comprende la materia sucesoria. Esta única ley es la personal del causante (sea nacionalidad o domicilio según como cada Estado lo recepte). Por su parte, el sistema del fraccionamiento propicia una pluralidad de derechos teniendo en cuenta el lugar de situación de los bienes sin importar su naturaleza. Hablan tanto de fraccionamiento de derecho aplicable como de fraccionamiento jurisdiccional. Por lo tanto habrá tantas sucesiones como bienes internacionalmente dispersos existan y cada una de ellas se someterá a la ley del juez (lex situs). El sistema mixto combina los dos anteriores: a los bienes inmuebles les aplica el sistema del fraccionamiento mientras que a los bienes muebles el sistema de la unidad. Necesariamente se habla de un fraccionamiento jurisdiccional cuando el causante deje un patrimonio internacionalmente dispersos con ambos tipos de bienes.

²² Aquellos que consideraban que Vélez había optado por la unidad sucesoria centraban sus argumentos en el artículo 3283, en parte de su nota y en el artículo 3612. Podemos mencionar entre ellos: Vico; Cárdenas, Weinberg de Roca.

²³ Aquellos que consideraban que Vélez había optado por el fraccionamiento sucesorio centraban sus argumentos en parte de la nota al artículo 3283, en los artículos 10, 11, 3470 y en la solución receptada por los Tratados de Montevideo.

²⁴ Grimaldi, Miguel". L.L. T. 54- 413.

²⁵ No podemos dejar de destacar el célebre antecedente jurisprudencial “Gómez, Carlos L. s. sucesión” Juz. Nac. Civ. n° 29, 01/04/86, Publicado en LL 1987-A, 337.

necesidades de la sociedad y no a la mayoría de la jurisprudencia; y, en segundo lugar, creemos que el fundamento por el cual se debió justificar el cambio debió basarse en el respeto a la internacionalidad del caso para garantizar así la justicia. Parafraseando a Goldschmidt y su doctrina trialista, la justicia exige el respeto al carácter extranjero de un caso.

Señalado ello, continuaremos analizando las normas para considerar si encontramos un cambio sustancial y si se han superado los conflictos.

El Código de Vélez disponía lo siguiente:

“Art. 3.283. El derecho de sucesión al patrimonio del difunto, es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros.

Art. 3.612. El contenido del testamento, su validez o invalidez legal, se juzga según la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte”.

Trataremos en conjunto ambas normas pues el Nuevo Código no difiere en cuanto al derecho aplicable a la sucesión sea ab intestato o intestada. Esta es la primera crítica que merece realizarse a las nuevas normas: todas las sucesiones están reguladas por una misma norma. Creemos que, por la naturaleza misma de la sucesión, hubiese merecido un tratamiento discriminado, considerando que la solución dispuesta por el artículo 3612 debió mantenerse en su totalidad.

Junto a estas normas, gran parte de la doctrina y jurisprudencia acudían al artículo 10 del viejo Código gracias a la remisión indicada en la nota del artículo 3283. Consideramos pertinente transcribirlas a ambas para un correcto análisis.

“Artículo 10 Código de Vélez. Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad de adquirirlos, a los modos de transferirlos, y a las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título, por lo tanto, a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República”.

“Nota al artículo 3283: SAVIGNY, "Derecho romano", t. 8, §§ 375 y 376. El patrimonio considerado como unidad es un objeto ideal, de un contenido indeterminado. Puede componerse de propiedades, de derecho a cosas particulares, a créditos y deudas que tienen una existencia invisible. El patrimonio no está fijo en un lugar y no se le podría asignar el "locus rei sitae". Considerar como tal el lugar en que está situada la mayor parte de los bienes, sería una idea arbitraria, puesto que ella no tiene nada de preciso, y también porque la parte menor de los bienes merece tanta consideración como la parte mayor. Si abandonamos el domicilio, no nos queda sino colocar el derecho a la sucesión donde se encuentre cada uno de los bienes que lo componen. Pero cuando esos bienes están diseminados en lugares diferentes, tendríamos que admitir muchas sucesiones independientes las unas de las otras. Puede llamarse una excepción a este principio general, lo que está dispuesto respecto a la transmisión de los bienes raíces que forman una parte del territorio del Estado, y cuyo título debe siempre ser transferido en conformidad a las leyes de la República, art. 10 de este código...”

No es objeto del presente analizar el sistema adoptado por Vélez como así tampoco hablar sobre los fundamentos y argumentos que se han elaborado sobre cada una de las posturas²⁶, pues está fuera de marco además mucho se ha escrito sobre ello a lo cual nos remitimos. Pero sí consideramos apropiado marcar nuestra postura: consideramos que la solución brindada por Vélez era categórica: el sistema de la unidad. Descartamos la posibilidad de acudir a la solución brindada por el viejo artículo 10 pues la sucesión no encaja en el tipo legal.

Como mencionamos anteriormente, el Nuevo Código dispone una única norma para determinar la ley aplicable a las sucesiones, sean ab intestato o intestadas, solución que la encontramos plasmada en el artículo 2644 el cual dispone:

"Derecho aplicable. La sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino".²⁷

En primer lugar, la técnica legislativa no nos parece la más adecuada pues puede llevar a grandes confusiones. Mucho hemos criticado a la ambigüedad y falta de certeza por las normas que Vélez ha redactado y, por lo visto, seguimos manteniendo ese pequeño vicio.

La norma pareciera reflejar un sistema de la unidad al determinar cómo derecho aplicarle el del Estado del último domicilio del causante. No hay, en principio, distinción sobre la naturaleza o calidad del bien por lo que todos ellos serán sometidos a una única ley. Pero –lamentablemente- la norma no finaliza allí, este principio general contiene una excepción: los bienes inmuebles situados en nuestro territorio quedan sometidos al derecho local.

¿Qué sistema sigue el Nuevo Código?

Claramente no estamos en presencia de un sistema de la unidad, pues este no reconoce ningún tipo de fraccionamiento posible a la hora de determinar el derecho aplicable. **Sistema de la unidad descartado.**

Tampoco podemos considerar que se ha reflejado el fraccionamiento, pues según el propio texto de la norma los bienes muebles e inmuebles situados en el extranjero quedan sometidos al último domicilio del causante algo no acorde al razonamiento de los pluralistas. **Sistema del fraccionamiento descartado.**

¿Estaremos frente a un sistema mixto? Lamentamos desilusionar a los lectores, toda vez que la respuesta es negativa. Este sistema es tajante en cuanto a la división de la calidad de los bienes y al derecho aplicable a cada uno de ellos: los bienes muebles quedan sometidos al derecho del último domicilio del causante mientras que los inmuebles –todos- quedan sometidos a la *lex rei sitae*. **Sistema mixto descartado.**

²⁶ Los defensores del sistema unitario dieron como fundamentos: patrimonio indiviso, economía procesal, protección de los acreedores, sucesores a título universal, voluntad única del causante, entre otros. Mientras que los defensores del fraccionamiento hablaban de: orden público internacional, soberanía territorial, derecho del fisco, sucesores a título singular. (FELDSTEIN 2000:295).

Nos hemos apartado de los clásicos sistemas y hemos elaborado uno nuevo: "el sistema de la jurisprudencia mayoritaria". Este maravilloso nuevo sistema no hizo otra cosa que receptor un caprichoso recelo sobre los bienes inmuebles locales aplicándoles el derecho argentino sin importar el tipo de sucesión. Varios son los antecedentes jurisprudenciales donde solo se ha buscado aplicar el derecho local a los inmuebles situados localmente sin importar el resto de los bienes²⁸.

Un interrogante nos surge ¿Qué sucede con los bienes inmuebles situados en el extranjero? A ellos si se les aplica el derecho del último domicilio del causante. En este supuesto, todos aquellos argumentos que llevaron a dar una solución territorialista para nuestros bienes raíces no tienen el mismo peso para los bienes raíces foráneos en una completa discriminación sin razonamiento válido. La falta de coherencia está a flor de piel.

No compartimos el razonamiento de parte de la doctrina internacionalista la cual ha entendido que estamos frente a una "unidad atenuada". Esta postura sostiene este criterio enfocándose en la segunda parte de la norma la cual incorpora una norma internacionalmente imperativa que suaviza –atenúa- al criterio general de la unidad²⁹. Nos apartamos de ello pues no encontramos rasgos de unidad en el sistema optado por el Nuevo Código y ello se ha plasmado claramente en los fundamentos del Anteproyecto y que ya hemos mencionado.

Pensemos en el siguiente supuesto: "Una persona fallece con último domicilio en Argentina. Su acervo hereditario está compuesto por: bien inmueble situado en Argentina, bien inmueble situado en el extranjero".

Conforme a la norma de jurisdicción ya analizada, el juez argentino es plenamente competente para entender en este caso por encontrarse localmente el último domicilio. Ambos bienes quedan sometidos al derecho argentino pero por razones distintas. Al bien inmueble local le aplicamos nuestro derecho, aplicándole los fundamentos de la jurisprudencia mayoritaria argentina. Al bien inmueble extranjero también le aplicamos nuestro derecho pero por ser el último domicilio del causante. Nótese como en este último caso no nos interesa el lugar de situación para determinar el derecho aplicable.

Tomemos el mismo supuesto pero con una variante: "Una persona fallece con último domicilio en Argentina. Su acervo hereditario está compuesto por un bien inmueble situado en el extranjero".

Si el acervo hereditario solo estaría compuesto por un bien inmueble situado en el extranjero, pero el último domicilio del causante está situado en Argentina, ¿no sería lo correcto aplicarle el derecho del Estado donde esté situado para mantener una lógica jurídica? Con el nuevo Código ello no sucede pues a ese bien le aplicamos el derecho del último domicilio: el derecho local. Si hemos considerado que a

²⁷ Recordemos que conforme al artículo 2663 la calidad de bien inmueble se determina por la ley del lugar de su situación.

²⁸ "Walter de Hahn". J.A. T. V- 29; "Sanford Ward". L.L. T.8- 374 y T. 25- 519; "Biancardi de Biamutti, Ana". L.L. T. 25- 116; "Even de Potelain, Juana". L.L. T. 31- 571; "Hgabardo, Luis". J.A. 72- 812 ; "Tartarone, Salvador" L.L. T. 31- 142 ; "Alballaga de Albile, Anastasia". E.D. T. 30- 16; "Andersen, Pablo E.K. y otra s/suc.". E.D. T. 58- 541 y J.A. 1975-27-460. CNCiv Sala C "Barriles María Elena 15/11/2007 Doctrina Judicial Online AR/JUR/9837/2007; CNCiv y Com. San Martín Sala II "Pietrasanta Aldo M. y otra s/ suc" 15/7/1999 LLBA 1999,1081; "Favorito de Rey Mirta Hebe s/ Sucesión" 15/4/2004 Juba B2002877, entre otros

los bienes inmuebles locales les aplicamos nuestro derecho para la protección de nuestros principios fundamentales –entre otros argumentos- ¿por qué no hacemos lo mismo con los bienes inmuebles extranjeros? No permitimos que los bienes inmuebles locales sean transmitidos *mortis causa* por un derecho extranjero pero si lo hacemos sobre inmuebles foráneos.

Tomándonos el permiso de ser prejuiciosos, estamos en presencia de una norma muy especial toda vez que está destinada a dar una mayor practicidad para los jueces locales: en todo supuesto siempre deberá aplicarse derecho argentino. Analizando con una mayor profundidad y detenimiento a la norma vemos que no hay posibilidad alguna en la cual el juez local deba aplicar un derecho foráneo a la sucesión internacional ¿Qué puede ser más práctico que aplicar derecho local? Veamos:

- Si el último domicilio del causante esta en Argentina, siempre aplicaremos el derecho local a cualquier tipo de bien.

- Si el último domicilio del causante está en el extranjero, el juez argentino solo tendría competencia si hay algún bien inmueble local al cual le aplicará derecho local.

En el único supuesto que “podría” aplicarse derecho extranjero sería cuando el causante tengo último domicilio en el extranjero, deje bienes muebles en el extranjero y un bien inmueble en Argentina. Pero esta situación jamás pasará: el juez argentino solo puede entender sobre los bienes inmuebles locales por disposición del artículo 2643 y aplica derecho local. Lo mismo sucedería si al supuesto le incorporamos bienes muebles locales, pues seguiría siendo incompetente para todos ellos (excepto el bien raíz local).

Con lo cual, nos encontramos con una norma espectacular, si somos jueces. Siempre aplicaremos derecho local, no debemos investigar el derecho extranjero, no debemos analizar posible violación al orden público –internacional-, no habrá posible fraude a la ley, no debemos preocuparnos por el reenvío, etc. Y si retomamos los fundamentos del Anteproyecto: “ha respetado las líneas de la jurisprudencia mayoritaria”... preferimos no dar una opinión al respecto.

La determinación de la aplicación de la *lex situs* a los inmuebles locales nos obliga a pensar en que sucedería en el supuesto caso donde se plantee el reconocimiento de una sentencia sucesoria dictada en el extranjero –juez del último domicilio del causante- en la cual se aplicó el derecho extranjero –derecho del último domicilio del causante-. Si entendemos que la imposición del derecho argentino es una norma internacionalmente imperativa –también llamadas normas de policía- deberíamos considerar que las autoridades argentinas deben rechazar la efectividad de dicha sentencia por aplicación de la disposición del artículo 2599³⁰. Boggiano fue quien consideró que hay dos métodos para hacer valer la solución de la *lex situs* sostenida por la jurisprudencia argentina sobre los bienes inmuebles: Una posibilidad es sostener la existencia de una jurisdicción exclusiva de los magistrados argentinos, lo cual ya hemos analizado y lo

²⁹ Op. Cit “ALL, PAULA MARÍA (2014) “Nuevo Código Civil...” Pag. 923.

³⁰ “Art. 2599.- Normas internacionalmente imperativas. Las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes”.

descartamos como posible. La segunda posibilidad es considerar a la norma como de aplicación inmediata y de exclusión de todo derecho extranjero (BOGGIANO 2003:496).

Continuando con el análisis de las normas, el Código de Vélez disponía, en su artículo 3286, que la capacidad para suceder es regida por la ley del domicilio de la persona al tiempo de la muerte. Dicha norma no encuentra su reflejo en el nuevo Código, con lo cual, quedará todo sometido a la norma general.

En cuanto a las formas del testamento otorgado en el extranjero, el nuevo Código ha mantenido la línea de pensamiento que plasmó Vélez en el viejo 3638³¹. El artículo 2645 mantiene una estructura de norma indirecta con puntos de conexión alternativos favoreciendo así la validez formal del testamento. Sin embargo, encontramos una diferencia, pues si bien se mantienen como posibles derechos aplicables el del Estado de residencia o nacionalidad del testador -al momento de testar-, se ha incorporado la ley del lugar de su otorgamiento. Acertado ha sido por parte de los redactores incorporar la famosa regla *locus regit actum*³².

Si nos remitimos a la capacidad para testar, el actual artículo 2647 mantiene la solución dada por Vélez en su artículo 3611, sometiéndolo a la ley del domicilio del testador al tiempo de la realización del acto, incorporándose en el Nuevo Código la capacidad para su revocación -sometiéndola al mismo derecho-, lo cual no estaba establecido por la vieja norma.

El Nuevo Código continúa con el tratamiento de los testamentos consulares -artículo 2646- los cuales no son otra cosa que una transcripción de la vieja regulación -artículos 3636 y 3637 del Código de Vélez-.

Por último, encontramos una norma directa -el artículo 2648- que resuelve la particular situación de la herencia vacante. La lectura de esta norma tiene una relación directa con la norma referida al derecho aplicable a las sucesiones internacionales. Nuestro Nuevo Código determina que los bienes relictos en Argentina pasarán a ser propiedad del Estado Argentino, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de la provincia donde estén situados siempre que -conforme al derecho aplicable- haya ausencia de herederos y no se atribuya la propiedad al Estado del lugar de situación de los bienes.

Esta norma hace presumir -falsamente- que un derecho extranjero puede ser aplicable a una sucesión internacional y, como hemos visto, esto en la práctica es imposible. Con lo cual, y usando un razonamiento lógico, encontramos nuevamente una norma tendenciosa y territorialista. Esta sí ha sido una norma completamente novedosa, el Código de Vélez no contenía norma similar.

³¹ "Art. 3.638. El testamento del que se hallare fuera de su país, sólo tendrá efecto en la República, si fuese hecho en las formas prescriptas por la ley del lugar en que reside, o según las formas que se observan en la Nación a que pertenezca, o según las que este código designa como formas legales".

³² En consonancia con ello, el artículo 2649 dispone que las formas y solemnidades de los actos

IV.- Reflexiones finales

Gracias a las disposiciones de Derecho Internacional Privado en el Nuevo Código hemos superado uno de nuestros principales problemas: la sistematización de las normas. Llego el momento que habíamos deseado los internacionalistas desde hace unos cuantos años, ya no tenemos dispersas las normas en toda nuestra legislación de fuente interna. O, mejor dicho, ya quedan pocas normas dispersas fuera de del Código³³.

Esta incorporación, nos guste o no la solución, implica un paso importante para Argentina. Mucho hemos envidiado a Estados que contaban con un Código o Ley de Derecho Internacional Privado, en varias ocasiones hemos mirado hacia arriba –Venezuela³⁴- y envidiado su regulación. Otro tanto con la República Oriental del Uruguay. Pero no debemos conformarnos, aún nos queda mucho camino por recorrer, solo esperamos que no deban pasar otros 200 años para una nueva regulación.

En varias oportunidades hemos brindado una opinión respecto a nuestro parecer sobre las normas aplicables a la sucesión internacional, tanto para el derecho aplicable como para la jurisdicción internacional. Somos conscientes de la dificultad que deben haber enfrentados los especialistas al redactar las normas, pero no solo no compartimos la solución brindada sino que objetamos los fundamentos y la técnica legislativa utilizada por no ser basta, adecuada, prolija y completa.

Hemos mantenido una solución que no respeta la internacionalidad del caso sino que, todo lo contrario, recepta una solución territorialista y de secuestro con rezagos de una comodidad práctica para los magistrados. Tanto los unitarios como los pluralistas hemos perdido la batalla, el Código se ha levantado izando una bandera jurisprudencialista que no receptan ninguno de nuestros principios y fundamentos, se ha perdido la esencia savigniana casi en su totalidad e incluso nos hemos apartado de la solución convencional –Tratados de Montevideo de Derecho Civil³⁵-.

Sumado a todo ello, tampoco nos encontramos con normas novedosas. Incluso la situación puede ser considerada peor: hemos vuelto a las viejas soluciones territorialistas que nos hacen volver a la época de los inicios de nuestra disciplina. Tanto se ha abogado por soluciones que respeten la naturaleza de la relación con elementos extranjeros para evitar una sistemática y constante aplicación de soluciones territorialistas que, haciendo caso omiso de todo lo que hemos escrito, fuimos por aquello que nos resultaba mas cómodo.

jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de publicidad, se juzgan por las leyes y usos del lugar en que los actos se hubieren celebrado, realizado u otorgado.

³³ Incluso, un error que ha quedado plasmado en el Nuevo Código son algunas normas de Derecho Internacional Privado que se encuentran pérdidas en la primera parte. Entendemos que ha sido un descuido y velamos porque su aplicación no nos genere problemas a futuro.

³⁴ Gaceta Oficial N° 36.511 del 6 de agosto de 1998.

³⁵ Los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 receptaron la teoría del fraccionamiento (arts. 44 y 45 de ambos) aplicando la ley del lugar de la situación de los bienes al tiempo de la muerte del causante para: la forma del testamento, la capacidad del heredero o legatario para suceder, la validez y efectos del testamento, los títulos hereditarios, las legítimas, es decir todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria. La única diferencia entre ambos es que la segunda versión ha excluido la capacidad para testar de la *lex situs* sometiéndola al domicilio.

Por todo ello, y a modo de conclusión, si bien el resultado final no sea el ideal ni el esperado, al menos contamos con la posibilidad de expresar que Argentina cuenta con una sistematización del Derecho Internacional Privado, lo cual ha sido desde hace unas cuantas décadas una aspiración que veíamos muy lejos de lograr y que hoy está aquí.

V.- Bibliografía.

- ALBORNOZ, J. R. "El régimen internacional de la transmisión hereditaria". En Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa Fe N° 1, Junio 1982, p. 79.
- ANDRADE OLIVA, C y SANCHEZ MONTES R. (1953) "*Derecho Internacional Privado*". Santiago de Chile, Ed. Jurídico de Chile., 1953.
- BALTAR, Leandro (2015) "Las sucesiones notariales extranjeras y su reconocimiento en el derecho internacional privado argentino" En Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración, Número 2 - Julio 2015 Fecha: 21-07-2015 Cita: IJ-LXXX-71.
- BIOCCA, CÁRDENAS, BASZ (1990) "*Lecciones de Derecho Internacional Privado*". Parte General, Buenos Aires, 2° Edición. Ed. Universidad. 1997.
- BIOCCA, M. S. (2004) "*Derecho Internacional Privado*" Un nuevo enfoque. Buenos Aires, Ed. Lajouane. Tomo I. 1° Edición. 2004
- BOGGIANO, A. (1973) "*Curso de Derecho Internacional Privado*", Buenos Aires, Edit. Lexis Nexis, 4ta. ed. actualizada, 2003.
- BOGGIANO, A. (1997) "*Derecho Internacional y Derecho de las Relaciones entre los Ordenamientos Jurídicos*", Buenos Aires, La Ley, 1997.
- CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZALES, J. "*Introducción al Derecho Internacional Privado*" Vol 1, Granada, Comares 15 Edición, , 2014.
- CIURO CALDANI, M. A. "Unidad o fraccionamiento de la sucesión internacional". En Juris-Rosario, 31-P223.
- DUNCKER BIGGS, Federico (1967) "*Derecho Internacional Privado*" Parte General, Chile, Ed. Jurídica de Chile. 1967.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., (2004) "Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras: La delicada pero decidida intervención del orden público internacional", en *Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Buenos Aires, Ed La Ley, 2004.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., (2000) "*Derecho internacional privado: parte especial*". Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000
- FERNANDEZ ARROYO, D. (2003) "*Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*" Buenos Aires, Ed. Zavalía. 2003
- FERNANDEZ ROZAS, J. C. y SANCHEZ LORENZO, S., (1988) "*Lecciones de Derecho Internacional Privado*" 2ª ed. Oviedo, Editorial: Gráficas Apel, 1989.

- GOLDSCHMIDT W., *"Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia"*. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. Décima Edición Actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti. 2009.
- GOLDSCHMIDT W., "Guerra de trincheras (Unidad o pluralidad en el Derecho Sucesorio Internacional)" Publicado en ED, 58-541.
- KALLER DE ORCHANSKY, B. (1990) *"Nuevo manual de Derecho Internacional Privado"* Buenos Aires, Ed. Plus Ultra. Segunda Edición. 1993.
- MOJICA GÓMEZ L. A. (2003) *"Manual Práctico de Derecho Internacional Privado"* Bogotá. Ed. Universidad del Rosario, 2003.
- PERUGINI, A. (1985) "Pluralidad sucesoria y fraude a la ley en el derecho internacional privado". En *La Ley*, T95-185.
- PERUGINI, A. "La teoría de la unidad y cuestiones aledañas en una sucesión internacional". En *La Ley* 28-7-1987.
- RAPALLINI, L. (1998) *"Temática de Derecho Internacional Privado"*. Buenos Aires La Plata, Ed. Lex 4° Edición actualizada y profundizada. (2002).
- RIVERA J.C. y MEDINA G. (2014) *"Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Comentado"* Buenos Aires. Editorial La Ley. Tomo 6, 2014.
- SAVIGNY, F. C. (1879) *"Sistema del Derecho Romano actual"*, Madrid, Góngora. Traducción Ch. Guenoux - Jacinto Mcsia y Manuel Poley.
- SCOTTI, L. B., (2015) *"Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho Internacional Privado"*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2015.
- TRIGUEROS SARAIVA, E. (1980) *"Estudios de Derecho Internacional Privado"*, México, DF, Ed. Universidad Autónoma de México, 1980.
- VICO, C.M (1935) *"Curso de Derecho Internacional Privado"* Tomo II, Buenos Aires, Ed Biblioteca Jurídica Argentina, 1935.
- WEINBERG DE ROCA, I. (1997) *"Derecho Internacional Privado"*. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997.
- WEINBERG DE ROCA, I. Sucesiones internacionales. Publicado en ED, 179-1025

¿UN CÓDIGO PARA UNA SOCIEDAD MULTICULTURAL? ALGUNAS REFLEXIONES HISTÓRICO-JURÍDICAS SOBRE EL PROCESO DE UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL EN ARGENTINA

Por Pamela Cacciavillani

Recibido: 30.08.2015

Aceptado: 6.10.2015

RESUMEN

El objetivo del artículo es analizar, desde una perspectiva histórica jurídica algunos aspectos del proyecto de código civil y comercial de la nación argentina impulsado por el poder ejecutivo mediante el decreto 191. Especialmente, se problematiza la pertinencia del Código como herramienta técnico- jurídica para la regulación de la propiedad de los pueblos originarios.

PALABRAS CLAVE

Codificación – Descodificación – Propiedad - Pueblos Originarios.

A CODE FOR A MULTICULTURAL SOCIETY? SOME LEGAL-HISTORICAL REFLECTIONS ON THE PROCESS OF UNIFICATION OF THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE IN ARGENTINA

By Pamela Cacciavillani

ABSTRACT

This article attempts to analyze some aspects of the project of draft civil and commercial code in Argentina from a legal-historical perspective. This initiative was promoted by the executive power of Argentina by means of Decree. Specifically this paper will discuss the capacity of “the code” to regulate the property rights of indigenous people.

KEYWORDS

Codification - Descodificación+ - Property - Indigenous People.

+ Fragmentation and dispersion of legal codes.

¿UN CÓDIGO PARA UNA SOCIEDAD MULTICULTURAL? ALGUNAS REFLEXIONES HISTÓRICO-JURÍDICAS SOBRE EL PROCESO DE UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL EN ARGENTINA

Por Pamela Cacciavillani*

I. Introducción

En virtud del artículo 99 inc. 1 de la Constitución de la Nación Argentina, la presidenta Cristina Fernández de Kirchner dio impulso mediante el Decreto 191¹ al proceso de actualización y unificación de los códigos Civil y Comercial de la Nación. El primer paso fue la creación de la comisión encargada de la tarea. A tal efecto se designaron a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y la Profesora Aida Kemelmajer de Carlucci.

Si se presta atención a los considerandos del Decreto, los principales motivos que se tuvieron en cuenta para llevar a cabo este proceso fueron: la gran proliferación de la legislación especial, cuya principal consecuencia fue la modificación del ordenamiento lógico y de la estructura de principios y reglas existentes en los códigos referidos, la reforma constitucional de 1994 con la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos, los procesos de integración de la región (MERCOSUR) y los diferentes proyectos de reformas de la legislación civil y comercial que se sucedieron.² Mediante el mensaje N° 884 el Poder Ejecutivo solicitó al Congreso de la Nación su colaboración en el proceso de unificación de los códigos y a tal fin se creó dentro de su ámbito una Comisión Bicameral. Además el procedimiento se complementó con un sistema de Audiencias Públicas,³ desarrollado a lo largo del país a los fines de receptar, una vez finalizado el proyecto, la opinión de la ciudadanía.

* Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, Master en Historia y comparación de las instituciones políticas y jurídicas de los países de la Europa Mediterránea en la Universidad de Messina, de Milán y de Córdoba (España). Doctoranda por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Adscripta de la asignatura Historia del Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Desde noviembre de 2013 es becaria doctoral del Instituto Max Planck de Historia del Derecho Europeo en Frankfurt am Main, Alemania. e-mail: pamecacha@hotmail.com La autora agradece las observaciones y sugerencias realizadas por el evaluador anónimo.

¹ Decreto de fecha 23 de febrero del año 2011.

² Los Proyectos de modificación del Código Civil son: 1926 anteproyecto Bibiloni, proyecto de 1936, anteproyecto de 1954 redactado bajo la dirección de Joaquín Llambías, proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de la cámara de diputados de la nación 1987, unificación de la legislación civil y comercial de la comisión federal de la cámara de diputados de la nación 1993, proyecto preparado por la comisión creada por decreto N°468/92 y por último el proyecto de 1998. preparado por la comisión de creada por el Decreto N°685/95.

³ El funcionamiento de las audiencias públicas fue establecido mediante un procedimiento administrativo regido por los principios del debido proceso, publicidad, oralidad, informalismo, participación y economía procesal. El lugar de

Este proceso culminó con la sanción y la promulgación de la ley N°26.994. A través de esta ley se aprobó el proyecto que con ciertas modificaciones comenzó a regir desde el 1 de agosto de 2015. Es importante aclarar que el texto aprobado no incluye dentro de la nómina de los derechos reales a la propiedad comunitaria indígena, razón por la cual su regulación sigue siendo una cuestión pendiente.

La intención de este artículo no es hacer un análisis de los motivos que impulsaron la reforma ni tampoco debatir sobre la oportunidad y conveniencia de los mismos, sino desde el especial observatorio de la Historia del Derecho, hacer algunas reflexiones sobre la pertinencia del Código como herramienta técnico-jurídica para la regulación de la propiedad de los Pueblos Originarios. Cuestionar la idoneidad del Código se vuelve un aspecto relevante si tenemos en cuenta que este proceso de recodificación no ha sido acompañado de una reflexión que dé cuenta de los límites que presenta el Código, ni de la experiencia codificadora en nuestro país.

Teniendo en cuenta que la reflexión histórico-jurídica no ha participado de manera directa en el proceso de reunificación de los Códigos, creemos que el diálogo entre algunas reflexiones histórico-jurídicas sobre la primera empresa codificadora, "el código de Vélez", y el proyecto de unificación de los códigos a comienzos del siglo XXI enriquecerá el futuro debate académico y político, sobre los aspectos formales y materiales que se deben tener en cuenta al regular esta propiedad.

Pondré un especial interés en la propiedad comunitaria indígena ya que su regulación en el proyecto, específicamente dentro de la órbita de los derechos reales, no responde con la imagen multicultural que se predica de este esbozo. Por el contrario la recepción de la propiedad comunitaria indígena como derecho real desnaturaliza su contenido y la somete a un régimen patrimonialista propio del sistema de propiedad continental europeo. Este tipo de recepción denota una falta de diálogo no sólo con el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional sino con los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Quisiera plantear algunos interrogantes como guías de esta reflexión, por ejemplo : ¿Qué entendemos por Código?, para luego tratar de desentrañar ¿Cuál fue el concepto de Código que se planteó en el proyecto? y finalmente preguntarnos si un Código es la propuesta más adecuada para la regulación de las sociedades multiculturales, especialmente para el caso de los pueblos originarios. Problematizar y cuestionar su idoneidad nos permite apartarnos de la mítica idea de Código.

Teniendo en cuenta estos interrogantes y a los fines de evaluar la pertinencia del Código como herramienta técnico jurídica a comienzos del siglo XXI tendremos en cuenta algunas de las ideas que guiaron el proceso de unificación:

celebración se determinará según "el lugar o los lugares que indique la conveniencia de los intereses públicos a tratar". Puede ser ponente todo aquel que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo o difuso, organizaciones no gubernamentales, así como organismos o autoridades públicas nacionales, provinciales o municipales. En relación a los resultados de la audiencia se estableció que: "En la Audiencia Pública no se votará ni se adoptará resolución alguna, pero sus conclusiones serán transmitidas a la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, en reunión ordinaria de tablas y puestas a disposición de todos los miembros de la H. Cámara de Diputados de la Nación y del Honorable Senado de la Nación". El reglamento se encuentra disponible en: <http://ccycn.congreso.gob.ar/reglamento.html>

"(...) es un código con identidad cultural latinoamericana, destinado a integrar el bloque cultural latinoamericano; es un código de los derechos individuales pero también de los colectivos, al regular los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la CONSTITUCION NACIONAL. Se trata de un código para una sociedad multicultural, que brinda un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no pueden ignorarse.", (...) En el Libro Cuarto "Derechos Reales", (...) y a fin de estar a la altura de una realidad que hace hincapié en los derechos colectivos, se adiciona la propiedad comunitaria indígena (...)”⁴.

II. ¿De qué hablamos cuando hablamos de Código?

Hablar de codificación y de Código requiere de algunas aclaraciones semánticas, dado que ambos conceptos han sufrido una resignificación a lo largo de la historia jurídica. Cuando nos situamos en el campo de la Historia del Derecho podemos advertir que con la misma palabra "Código" podemos estar refiriéndonos a productos jurídicos muy distintos entre sí que solo poseen en común el hecho de ser designados con el mismo vocablo, como por ejemplo el código de Hammurabi y el código de Napoleón. Para no suscitar equívocos, a continuación ilustraremos brevemente a que nos estamos refiriendo cuando hablamos de codificación a fines del siglo XIX, para luego aproximarnos al concepto de código a comienzos del siglo XXI.

Ubicados en este ámbito temporal, lo oportuno es hablar de la codificación moderna iniciada en Europa a fines del siglo XVIII. El fenómeno de la codificación y su cultura tuvieron como resultado la proliferación en Europa continental de cuerpos normativos especializados y sistemáticos. El primer Código que cumplimentó los requisitos de la cultura jurídica moderna fue el Código Civil Francés de 1804. Considerado modelo de Código se proyectó primero en Europa continental, para luego rebasar las fronteras del Imperio napoleónico y proyectarse en el continente americano.

Giovanni Tarello, al referirse a la especialización jurídica que sufrió el término Código, dentro del período moderno, brinda las características necesarias para la aplicación del término:

"un libro de reglas jurídicas organizadas según un sistema y caracterizadas por la unidad de materia, vigente para toda la extensión geográfica del área de una unidad política, dirigido a todos los súbditos o sujetos de la autoridad política estatal querido y publicado por esta autoridad, que abroga todo el derecho precedente sobre la materia por él regulada y por ello no integrable con materiales jurídicos vigentes y destinado a durar por mucho tiempo" (TARELLO 1995: 39)

Profundizando aún más y acorde con las enseñanzas de Pio Caroni (2000) debemos señalar a la escritura, la plenitud y la función unificadora como las notas relevantes de un Código en el siglo XIX. Nos detendremos brevemente en estos dos últimos aspectos. La vocación de comprender con su articulado todas las colisiones jurídicamente relevantes que pueden acaecer en el ámbito fáctico, es el argumento que utilizó el Código para legitimar su auto coronación como principal fuente del nuevo

⁴ Mensaje N°884 dirigido al Honorable Congreso de la Nación Argentina por el Poder Ejecutivo Nacional el 7 de junio del año 2012, disponible en <http://www.derecho.uba.ar>

ordenamiento jurídico. Esta pretendida función omnicompreensiva de la conflictividad y realidad social genera un interrogante: *¿Qué sucedió con aquellas instituciones que, existentes en el anterior sistema jurídico, no fueron reguladas por estos cuerpos normativos?* Este interrogante resulta fundamental para el análisis de la situación de los pueblos originarios en Argentina. En el sistema jurídico anterior al Código Civil, tanto el Derecho Indiano como el Derecho Patrio regularon las formas de propiedad de los indígenas. Por su parte la primer empresa codificadora argentina no reguló en artículo alguno esta forma de propiedad.

Es importante tener presente que ni en el título preliminar, ni en el articulado de los Códigos podremos encontrar algún dato sobre el paradero del mundo que estos Códigos negaron, especialmente cuando estos se proclamaron como el confín civilizatorio. (CLAVERO, 2000). No obstante las advertencias podremos inferir una tácita respuesta del legislador si centramos nuestra atención en ciertos enunciados que hicieron inválidas, o pretendieron hacerlo, ciertas leyes cuyas regulaciones no estuvieran contempladas en el articulado del Código, nos estamos refiriendo a las normas derogatorias. El empleo de este tipo de normas es una característica compartida por los Códigos modernos que confiaron en la performatividad thética⁵ de estos tipos de enunciados.

A este modelo e ideario codificador intentó responder Dalmacio Vélez Sarsfield, desde una posición ecléctica, con el código civil sancionado en 1869. No obstante la gran repercusión del ideario codificador y la idea del Código como epicentro del ordenamiento jurídico, estos cuerpos sistemáticos y autosuficientes comenzaron a tambalear. La crisis del Código puede explicarse, en parte, a partir de la gran proliferación normativa, como por ejemplo: los derechos sociales, los derechos de incidencia colectiva y los tratados de derechos humanos.

Comenzaremos a aproximarnos al proceso por el cual las obras codificadoras pierden su posición de centro mediante la propuesta de Natalino Irti de "*I' eta della decodificazione*": "*El periodo histórico que se abre con la segunda guerra mundial, será quizás recordado como la edad de la descodificación: de una cotidiana y penetrante conquista del territorio por parte de la ley especial*" (Irti 1979:26). Siguiendo el trabajo de Irti, la idea de una descodificación supone, como una de sus notas características, el papel corrosivo de la ley especial. Esta ley especial, a diferencia del Código, tiene como destinatarios, no al ciudadano sujeto de derecho producto de técnicas abstraccionistas, sino a una categoría especial de sujeto.

El Código sufrirá así lenta y paulatinamente una suerte de expropiación de la función de tutela. Esta expropiación tiene en relación a las fuentes del derecho, el efecto colateral de erosionar la posición central de la que gozaba el Código. Surgen así lo que el autor llama microsistemas "un pequeño mundo de

<http://passthrough.fw-notify.net/download/684527/http://www.infoleg.gov.ar/wp-content/uploads/2013/11/8842012.pdf>

⁵ Como bien explica Amedeo G. Conte cuando la enunciación de un enunciado realiza lo que el enunciado significa "*Koinzidenfall*" estamos ante el fenómeno que da origen a la teoría de la performatividad. Se pueden distinguir dos especies de performatividad, performatividad thética y performatividad athética. En el primer caso la performatividad de las enunciaciones que realizan un estado de cosas mientras que en la segunda la performatividad de las enunciaciones no realiza un estado de cosas sino un acto. Para el autor algunos ejemplos de performatividad thética son la revocación de un mandato, la absolución por parte de un juez, la promulgación, la derogación, entre otros (CONTE, 1994). Forma performativa, conferencia impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla el 28 de abril de 1994, Anuario de filosofía del derecho, XI, 1994, pág. 381-392.

normas de donde el intérprete puede ahora obtener principios generales y donde puede ahora descubrir una lógica autónoma" (IRTI 1979: 26).

Para ilustrar el caso argentino Ricardo Lorenzetti, ha planteado la existencia de un "big bang" legislativo que, además de la explosión del Código, ha generado la proliferación de microsistemas. En todos estos ámbitos rige una suerte de autonomía legislativa que tímidamente recibe la influencia del código (LORENZETTI, 1994).

Otro aspecto a tener en cuenta es el cambio que ha sufrido el rol del jurista y del juez, quienes empapados en la cultura jurídica del Código hoy se enfrentan a un panorama que les exige por un lado, ser especialistas de un microsistema y por el otro no perder de vista la relación que los microsistemas pueden tener con el derecho constitucional y el derecho internacional, tanto público como privado.

Desde la historia del derecho, Tomas y Valiente ha sostenido que en relación al Código más que de descodificación debemos hablar de "post-codificación". En ese sentido, el derecho no se descodifica, sino lo que sucede es una pérdida de vigencia del ideario codificador. Las ideas individualistas y liberales que forjaron estos Códigos han perdido su vigencia en la realidad social, pero los Códigos como cuerpos normativos continúan y su morfología es utilizada para la elaboración de leyes generales. Hay una continuidad morfológica, las leyes administrativas, tienen estructura de Código: divididas en capítulos, secciones, precedidas de un título preliminar (TOMÁS Y VALIENTE 1999). Esta idea del vaciamiento axiológico de los Códigos y su subsistencia como una simple técnica legislativa, nos incita a reflexionar sobre cuál es el contenido axiológico de un Código a comienzos del siglo XXI y por otra parte si la técnica legislativa codificadora es compatible con este contenido.

La crisis de los postulados y dogmas de la codificación es una realidad que no puede desconocerse y si bien ha sido abordada a través de distintas propuestas, la idea común que subyace es la erosión del Código. Algunos autores ven en esta crisis una nueva oportunidad para recuperar el antiguo papel del jurista. Libres de las ataduras del tecnicismo legalista los juristas pueden concebir al derecho más allá de los límites impuestos por la codificación.

Si consideramos la crisis del paradigma codificador como una oportunidad de cambio y de reelaboración de la función del jurista, la propuesta de una reunificación de los Códigos a comienzos del siglo XXI no puede dejar de ser problematizada. Siendo testigos de los silencios históricos del Código vale preguntarnos por qué volver a confiar en instrumentos jurídicos reduccionistas y abstraccionistas. El cuestionamiento se vuelve aún más fuerte cuando este tipo de herramientas se proponen como los instrumentos jurídicos acordes para la regulación de sociedades multiculturales. Específicamente el proyecto de unificación en Argentina fue planteado como un Código para una sociedad multicultural, el cual regula los derechos en consonancia con la Constitución Nacional. Esta última idea puesta en diálogo con los distintos tratados internacionales que regulan distintos aspectos de la vida de los pueblos originarios nos permite comenzar a advertir alguna de las inconsistencias de la propuesta.

Si bien el proyecto de Código fue objeto, en parte, de una depuración axiológica y visibilizó la existencia de los pueblos originarios en Argentina, la forma en que la propiedad de estos pueblos fue

regulada no es un reflejo de consonancia con el texto constitucional y los estándares internacionales, por el contrario significó la desjerarquización del derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas (RAMIREZ 2015).

La existencia de un diálogo con la historia del derecho a lo largo de este proceso de recodificación hubiese sido una experiencia esclarecedora. Porque a partir de sus reflexiones histórico jurídicas sobre el paradigma de la codificación, y en particular sobre la empresa codificadora de Dalmacio Vélez Sarsfield, podrían haberse aportado reflexiones que hubieran permitido problematizar y cuestionar una empresa codificadora en el siglo XXI.

III. Codificar a comienzos del siglo XXI

Conscientes ya de la crisis de los postulados de la codificación, resulta conveniente reflexionar sobre la pertinencia o no de codificar a comienzos del siglo XXI. Hemos asistido a un proceso de recodificación que planteó por un lado el vaciamiento de los postulados decimonónicos del Código y por el otro la continuidad de su morfología. Este proceso no ha sido acompañado de una reflexión que dé cuenta de los límites que presenta el Código como herramienta técnico-jurídica, ni de la experiencia codificadora en nuestro país. Esta reflexión es necesaria desde el momento que el concepto moderno de Código y sus notas características, no se corresponde con las necesidades del momento en el que la empresa de unificación y recodificación se llevó adelante.

Como se mencionó, la reflexión está dirigida a pensar si el Código es el instrumento jurídico más idóneo para dar respuestas a una sociedad compleja y multicultural como la presente en la actualidad. Si partimos de una cosmovisión decimonónica de Código, la respuesta será negativa, ya que volveríamos a caer en visiones reduccionistas y abstraccionistas que no contemplan la existencia de una sociedad conformada por sujetos que son sexual, cultural, física y económicamente distintos entre sí.

Vale entonces preguntarnos cuál es el concepto e idea de Código que subyace en el proceso de recodificación y unificación. Si nos remitimos a los mensajes oficiales, encontramos la idea de un Código no discriminatorio, de derechos individuales y a la vez de derechos colectivos regulados en consonancia con la Constitución Nacional. Si analizamos esta propuesta de Código a la luz de la realidad de los pueblos originarios, estas características se desdibujan e incluso desaparecen. Para el caso argentino el Código, tanto el de Vélez como el proyecto finalmente aprobado, por distintas razones no han sido herramientas jurídicas idóneas para lograr una regulación de la problemática indígena que satisfaga las necesidades que imponen los distintos contextos históricos en los que fueron elaborados.

Por ejemplo, el código de Vélez no contiene ninguna referencia a los "indios". Y si pensamos en el efecto, que hipotéticamente, tendría el enunciado derogatorio del art. 22⁶, la legislación de derecho

⁶ Artículo 22 del Código Civil: "Lo que no está dicho explícitamente o implícitamente en ningún artículo de este Código no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial".

indiano que regulaba la vida del indio no tendría más vigencia en lo que por aquel entonces se consideraba territorio argentino⁷.

A diferencia del primer Código, en un contexto completamente diverso, el proyecto remitido al congreso mediante el mensaje N° 844, no omitió sino que reguló expresamente aspectos sustanciales para los pueblos originarios, como por ejemplo su personería jurídica y su régimen de propiedad. En relación con estos puntos, es donde comienza a romperse el mito de un proyecto no discriminatorio, multicultural y consonante con la Constitución. Debe advertirse que no discriminar no consiste en regular frente a un pasado de silencios, sino justamente regular pero acorde con los lineamientos del derecho constitucional e internacional. Si no damos cuenta y no problematizamos la incorporación de la propiedad comunitaria indígena como derecho real, seguiremos reproduciendo prácticas que en realidad son discriminatorias. Aquí sería conveniente plantear el mismo interrogante que con respecto a la experiencia de Vélez, pero en el sentido inverso:

¿Qué sucede con aquellas instituciones, como la propiedad comunitaria indígena, que inexistentes en el anterior Código, fueron reguladas por este proyecto?

La respuesta a este interrogante podemos encontrarla a través de la lectura de los artículos del proyecto que regularon la propiedad comunitaria en consonancia con otras disposiciones sobre derechos reales, o bien recurriendo a algunas de las ponencias que se presentaron en las audiencias públicas⁸ que fueron celebradas en distintas ciudades del país.

Recorriendo el articulado del libro cuarto de los derechos reales⁹ la respuesta al interrogante sería: la propiedad comunitaria indígena es regulada desde un instrumento jurídico "el Código" y mediante una categoría jurídica ajena a las comunidades. Se parte del presupuesto que este tipo de vinculación entre el colectivo humano y la tierra es compatible con la categoría de derechos reales, sin percibir que el poderío, tanto económico como jurídico, que denota esta categoría no son rasgos perceptibles en las formas de relacionamiento que tienen los indígenas con el territorio que habitan.

Dentro de la definición que da el proyecto en el art. 2028 se establece que el asiento de este derecho real es un bien inmueble rural. La idea de asiento real como inmueble rural desconoce la realidad

⁷ En relación a la función abrogatoria del Código y la continuidad del derecho indiano conviene hacer algunas aclaraciones para no generar confusiones. Existe cierto consenso dentro de la historiografía jurídica hispanoamericana, sobre la significativa subsistencia de elementos propios de la cultura jurídica colonial durante, al menos, buena parte del siglo XIX. Algunas investigaciones sobre la administración de justicia en el siglo XIX, en la región de Córdoba, han puesto en evidencia el potencial explicativo de dicho enfoque, para comprobar los diversos modos de continuidad. Al mismo tiempo, los estudios localizados muestran que los tiempos de cambio no son los mismos, incluso entre los distritos de un mismo país. Considerando la importancia del "espacio local", dentro del análisis de la continuidad acaecida tras la emancipación y a lo largo de la primera mitad del siglo XIX en Argentina, Alejandro Agüero se ha preguntado ¿Hasta dónde llega aquella persistencia de la tradición jurídica localizada?. El autor sostiene que una primera respuesta a estas cuestiones pasa por el "argumento de la codificación", pero para constatarlo es necesario estudiar las prácticas desplegadas por las elites tradicionales en miras de un nuevo orden constitucional.

⁸ Durante el año 2012 se celebraron audiencias públicas en : Buenos Aires, la Plata, Neuquén, Rosario, Tucumán, Corrientes, Córdoba, Bahía Blanca, La Rioja, San Luis, La Matanza, Salta , Ushuaia, Partido de la Costa y Posadas.

⁹ Art. 2028: La propiedad comunitaria indígena es el derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas.

de miembros de comunidades que han emigrado a centros urbanos en búsqueda de una mejor calidad de vida.

Para poder gozar de este derecho es necesario contar previamente con la personería jurídica, exigencia que desconoce el carácter de persona jurídica de carácter público no estatal otorgado a los pueblos originarios por los tratados internacionales. Además este requisito perjudica a aquellas comunidades que no pueden cumplimentar el trámite, no obstante ser reconocidas como preexistentes por el texto constitucional.

En relación con el aprovechamiento de los recursos naturales se establece que el aprovechamiento por parte de terceros con incidencia en hábitats indígenas está sujeto a previa información y consulta a las comunidades. Resulta llamativo que se haga referencia a la consulta previa e indirectamente a las disposiciones del convenio 169 de la OIT¹⁰ ya que el proyecto ha desatendido este aspecto y ha regulado la propiedad comunitaria sin consulta previa de las comunidades.

A través de un diálogo entre el Código de Vélez y el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo podemos advertir algunos de los límites que presenta el Código como herramienta técnico jurídica para la regulación de sociedades multiculturales. Una de ellas es la fuerte impronta metodológica de distinción entre derechos personales y derechos reales. Si bien existen diferencias importantes entre ambos textos esta distinción persiste y es a partir de esta clasificación que se vuelve a caer en una mirada que, en materia de derechos reales pone el acento en una relación de poder físico o señorío de la voluntad. Si tenemos en cuenta el contenido del art .1882 podemos advertir la continuidad de esta concepción: "El derecho real es el poderío jurídico, de estructural legal que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia y las demás previstas en este Código".

El proyecto de Código adolece de una comprensión inadecuada del derecho a la propiedad comunitaria indígena y lo regula desde una mirada privatista, la cual resulta claramente insuficiente para receptar derechos y conceptos que ya han sido debatidos, interpretados y que presentan una complejidad que no debe ser dejada de lado (RAMIREZ 2015). Aquí debemos advertir la incapacidad del Código para dialogar con instrumentos nacionales e internacionales que ya habían dotado de contenido a este tipo de propiedad.

Una reflexión histórico jurídica podría haber advertido sobre las incapacidades metodológicas del Código, ya que difícilmente un Código producto de una cultura jurídica europea puede regular sin desnaturalizar una idea de propiedad que se basa en una cosmovisión distinta de la privatista-patrimonialista. En relación con el contenido de la propiedad indígena la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en el fallo *Yakye Axa vs. Paraguay* de 2005 que "*la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende de su identidad cultural*".

Frente a la impertinencia del Código, comprender por qué se volvió a confiar en la codificación solo puede ser entendido a partir de la relevancia que adquiere para los operadores judiciales el Código Civil como herramienta privilegiada en sus decisiones (RAMIREZ 2015). Recorriendo el escenario de las audiencias públicas, es posible dar respuesta a este interrogante. A continuación se citan dos ponencias:

i. Audiencia celebrada en la ciudad de Córdoba¹¹ el día 4 de octubre de 2012:

La Comunidad Tulian mediante un representante expresó que el proyecto no se encuentra en consonancia con lo regulado en el art. 75 inc. 17 de la Constitución de la Nación y que su regulación reduce el alcance de los derechos ya consagrados. Como ejemplos de esa reducción se citó: "(...) la imposición de la figura tierra desconociendo el alcance del concepto ancestral de territorio para los pueblos originarios; (...) la ausencia de la consulta libre, previa e informada; (...) considerar la personería jurídica de las comunidades como entes de derecho privado, colocando los territorios en peligro de caer en manos de asociaciones civiles, ONGs u otros entes indigenistas que especulan con nuestra cultura, manipulan y desconocen nuestros derechos. El derecho al libre consentimiento fundamentado, previo e informado de los pueblos se ve relegado a un simple trámite de información y consulta. (...)”

ii. Audiencia pública celebrada en Buenos Aires el día 4 de septiembre de 2012:

La Sra. Ramírez puso de manifiesto las consecuencias de la incorporación de la propiedad comunitaria indígena como derecho real:

“(…), incorporarle la impronta de la propiedad privada, de nuestra tradición de Código Civil privatista, (...) ha fracasado completamente en constitucionalizar la propiedad comunitaria indígena. En realidad, este texto, (...) es inconstitucional, es ilegítimo y es inválido”.

Luego la autora interpela al Poder Legislativo manifestando que no puede desconocerse el compromiso internacional que tiene el Estado a partir de la vigencia de ciertos instrumentos internacionales, y concomitantemente brinda una alternativa frente al Código.

“(…) Ustedes refiriéndose al poder Legislativo (...) pueden extraer esos artículos del cuerpo del Código Civil, remitir a la Constitución y al Convenio 169, Declaración de Naciones Unidas y otros Instrumentos Jurídicos Internacionales, y pensar sí en un proyecto de ley que sea consultado como corresponda y que tenga mínimamente los requisitos que hoy demandan las reivindicaciones territoriales indígenas (...)”¹² A partir de la lectura de estos testimonios puede percibirse que: subsumir esta propiedad, a los principios de los derechos reales, es tan peligroso como desconocerla, ya que no se respeta una concepción de la relación hombre y territorio, basada en una cosmovisión culturalmente distinta a la impuesta por la lógica del paradigma codificador. Dotar a la propiedad indígena del ropaje jurídico de los derechos reales significa someter a esta propiedad a sus reglas y a

¹⁰ Argentina aprobó mediante la ley N 24.071 el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

¹¹ La versión completa se encuentra disponible en: <http://ccycn.congreso.gob.ar/ponencias/cordoba/>.

¹² La presentación se encuentra disponible en:

http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/009_AADI.pdf.

las reglas del título preliminar del Código. Además no se puede dejar de considerar que esta regulación no fue consultada previamente a las comunidades incumpliendo con lo normado en el convenio 169 de la OIT. Teniendo en cuenta que no se cumplió con el mecanismo de consulta previa el proyecto carece de la pretendida consonancia con la Constitución Nacional.

IV. Conclusiones

A finales del siglo XIX la plenitud, la sistematicidad y la función unificadora hicieron del Código la herramienta jurídica idónea para concretar, o por lo menos contribuir a alcanzar, el anhelo de la uniformidad normativa. A ciento cuarenta años de la entrada en vigencia del primer código civil de la república argentina, y en un contexto caracterizado por la proliferación de legislación especial e incorporación de derechos humanos al texto constitucional, el Poder Ejecutivo impulsó un proceso de actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la nación.

En un momento histórico completamente diverso del que impulsó y vio nacer a las grandes obras codificadoras, y no obstante el proceso de descodificación - post-codificación al que se han visto sometidos los frutos de la codificación decimonónica, se volvió a ver en estos cuerpos la vía de concretar un anhelo jurídico: la regulación normativa de la sociedad. A diferencia del código de Vélez, que pretendió desde lo formal borrar las diferencias de la sociedad estamental colonial, este proyecto se presentó como el medio adecuado para regular una sociedad multicultural.

La falta de problematización del Código como herramienta de regulación de la diversidad puede explicarse, por un lado, por la fuerte impronta que posee el Código para los operadores jurídicos formados en una cultura de Código y, por otro por la ausencia de un análisis histórico jurídico. La historia del derecho como disciplina es rica en los debates sobre los procesos de codificación desarrollados en Europa y América. Los trabajos históricos jurídicos permiten reflexionar sobre los resultados de estas obras así como sus límites¹³.

En una realidad latinoamericana caracterizada por la multiculturalidad el tema de los pueblos originarios y su regulación jurídica no puede dejar de debatirse. En Argentina la reforma constitucional de 1994 reconoció la preexistencia y derechos de las comunidades, entre ellos el derecho al territorio. En relación a este tema, el proyecto de Código en un contexto completamente distinto al primero dio tratamiento expreso a este tema a través de la incorporación de la propiedad comunitaria indígena como un derecho real. Mediante este ropaje jurídico la vinculación de los pueblos originarios con sus tierras fue desnaturalizada y reducida a una categoría patrimonialista. El contenido de esta forma de propiedad desarrollado por instrumentos internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la propia Constitución Nacional no fueron receptados por el proyecto. Esta falta de diálogo muestra que el proyecto no estaba en consonancia con el texto constitucional.

¹³ Sobre codificación ver los trabajos de Pio Caroni: *Escritos sobre la Codificación y Lecciones de Historia de la Codificación*.

Los límites del Código, ya sean metodológicos como comunicacionales, podrían haber sido advertidos y cuestionados desde un análisis histórico que diera cuenta de las ideas centrales del paradigma codificador como fueron el papel central del Código como fuente del derecho y la división metodológica entre derechos reales y personales.

Si la regulación y tratamiento de esta temática no es problematizada corremos el riesgo de no percibir que al regular la propiedad comunitaria indígena como un derecho real se está desconociendo la diferencia de concepciones que existe entre la lógica privatista civil y la de las comunidades. Frente a la imagen mítica del Código no advertimos su paradoja, en otras palabras no advertimos que cuando el proyecto de código pretendía no discriminar y visibilizar a los pueblos originarios en realidad los estaba discriminando e invisibilizando.

V. Bibliografía

- AGÜERO A (2013), "Formas de continuidad del orden jurídico. Algunas reflexiones a partir de la justicia criminal de Córdoba (Argentina), primera mitad del siglo XIX ", *Nuevo Mundo Mundos Nuevos* [En línea], Debates, Puesto en línea el 23 marzo 2010, consultado el 21 junio 2013. URL : <http://nuevomundo.revues.org/59352> ; DOI : 10.4000/nuevomundo.59352.
- CARRASCO M., LOMBRAÑA A., OJEDA N., RAMIREZ S. (Coord), (2015) *II Jornadas de debate y actualización en temas de antropología jurídica*, 1ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, 2015.
- CARONI P. (2000) *Escritos sobre la codificación*, Madrid, Dykinson, 2000.
- CARONI P. (2003) *Lecciones de Historia de la Codificación*, Madrid, Dykinson, 2003.
- CLAVERO B. (2000) *AMA QUILLA, ABYLA YALA. Constituyencia Indígena y código ladino por América Latina*, Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- CONTE AMEDEO G. (1994) "Forma performativa" conferencia impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla el 28 de abril de 1994, *Anuario de filosofía del derecho*, XI, 1994, pág. 381-392.
- CORRAL TALCIANI H. (2005) "La descodificación del Derecho Civil en Chile, en El Código Civil de Chile (1855-2005)" .Trabajos expuestos en el Congreso Internacional celebrado para conmemorar su promulgación , Santiago , 3-6 de octubre de 2005, Alejandro Guzmán Brito edt, Lexis Nexis , pág. 641-651.
- FRONTERA J. (2007) "La descodificación cómo síntoma de la historicidad del derecho", en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Año I, Número 1, Invierno 2007, pág. 224-231.
- IRTI N.(1979) *L`età della decodificazione*, Milano, Giuffré, 1979.
- LORENZETTI R (1994) "La descodificación y fractura del Derecho Civil", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t 1994 D, Buenos Aires, 1994.
- TARELLO G.(1995) *Cultura Jurídica y política del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- TOMÀS Y VALIENTE F. (1999) *Códigos y Constituciones*, Madrid, Alianza, 1999.

HACIENDO FOCO (EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL COMO UNA MEJOR HERRAMIENTA PARA LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES DE LAS PERSONAS)

Por Gustavo Caramelo

RESUMEN

El autor aborda el tema de la constitucionalización del derecho privado argentino y su impacto en el nuevo Código Civil y Comercial, con especial atención a los cambios producidos en el derecho a la igualdad.

PALABRAS CLAVES

Código Civil y Comercial – Constitucionalización- Autonomía- Igualdad.

FOCUSING (THE CIVIL AND COMMERCIAL AS A BETTER TOOL TO REGULATE PEOPLE'S CIVIL RIGHTS)

By Gustavo Caramelo

ABSTRACT

The author addresses the issue of the constitutionalisation of the Argentine private law and its impact on the new Civil and Commercial Code, with special attention to changes in the right to equality.

KEYWORDS

Civil and Commercial Code – Constitutionalization – Self Determination – Equality.

HACIENDO FOCO

(EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL COMO UNA MEJOR HERRAMIENTA PARA LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES DE LAS PERSONAS)

Por Gustavo Caramelo*

1. Introducción:

La reciente incorporación a nuestro orden jurídico de un Código Civil y Comercial que reemplazó a los más que centenarios Código Civil y Código de Comercio, agita las, en apariencia, parsimoniosas aguas por las que navega el derecho privado argentino, generando temor en unos, escepticismo en otros y franco entusiasmo en muchos. La proyección que en la vida de las personas tienen las normas de derecho privado hace que se trate de una reforma legal de enorme importancia y que en ella se jueguen valores, intereses de todo tipo y lógicas tensiones políticas vinculadas con el despliegue de los nuevos contenidos.

El subsistema de derecho privado con el que hasta ahora nos manejábamos, si bien podía ser interpretado desde la perspectiva de las normas que integran el bloque de constitucionalidad federal argentino, no era ya por sí apto para enfocar la realidad cotidiana de los habitantes de la Argentina¹, pues generaba en gran medida una imagen opaca e insuficiente de las cada vez más complejas relaciones personales en una sociedad en las que las modalidades vinculares, la apertura del ámbito de lo privado y las posibilidades de concreción de proyectos varían al ritmo de cambios tecnológicos cuyos ciclos se producen a una velocidad que supera a menudo las posibilidades de formulación del derecho, tal como las hemos encarado hasta el presente. Frente a tal situación, el Código Civil y Comercial resulta una herramienta mucho más idónea para la regulación de la vida cotidiana de los habitantes de nuestro país, entre otras cosas porque impone a los operadores jurídicos, en algunos casos poco acostumbrados a ello, la evaluación de los desarrollos y conflictos de derecho privado desde una perspectiva constitucional y convencional; porque regula sobre la realidad de los vínculos familiares, en las diversas modalidades en las que ellos se despliegan en nuestra sociedad; incorpora al núcleo duro del código la regulación de las

* Abogado (UBA), Especialista en Administración de Justicia (UBA). Profesor Adjunto Regular de Contratos Civiles y Comerciales (UBA). Profesor Titular de Teoría General del Contrato (UP). Profesor de Posgrado en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de Palermo. Codirector de la Revista de Derecho Privado de INFOJUS. Juez Nacional en lo Civil.

¹ No cabe en esta materia referirse a "los argentinos", pues en razón de lo establecido en el artículo 20 de la Constitución Nacional, gozan en nuestro país de derechos civiles todos los habitantes del país, tanto los nacionales como los extranjeros.

relaciones y contratos de consumo y contempla las nuevas formas de propiedad verificadas en la práctica social, entre otras innovaciones.

En las siguientes líneas procuraremos evaluar algunos de los aspectos inherentes a las líneas axiológicas trazadas por el nuevo sistema de derecho privado, intentando explicar su razón. Como es lógico, no abordaremos la totalidad de los múltiples aspectos que comprende una regulación de tal proyección, sino que —por arbitrio de autor—, seleccionaremos algunos de ellos que, entendemos, dan cuenta del cambio de perspectiva del nuevo cuerpo legal, en el que el ordenamiento jurídico de derecho privado debe ser evaluado desde la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

2. La fragua del derecho privado argentino:

Si recorremos las obras de doctrina y los repertorios de jurisprudencia, advertimos que el derecho privado argentino se desarrolló con un sesgo endogámico, retroalimentándose en sus categorías y conceptos sin mayores referencias a garantías constitucionales que las atinentes a los derechos de libertad, igualdad y propiedad². Este último tenía ya en nuestra Constitución una regulación en cierto grado preferente sobre otros derechos implícitos, como el de dignidad humana, lo que puede establecerse a partir de la lectura del artículo 15, que preveía la libertad de los esclavos que pudieran existir en el territorio nacional al tiempo de la sanción de la norma superior, pero lo hacía estableciendo que una ley dispondría lo relativo a la indemnización de los propietarios. Fue en ese contexto ideológico y jurídico que se dispuso el desarrollo de la regulación establecida por los códigos civil y de comercio, en los que se desplegó un diseño que en cierta medida gozó de una autonomía conceptual que se desarrolló en el tiempo y que no pudo subsistir sin críticas tras la reforma constitucional de 1994. La explicación de esta cuestión requiere que transitemos por el territorio del devenir histórico.

Dámaso Simón Dalmacio Vélez Sarsfield, "El Codificador", participó del diseño y la construcción de las dos principales cuerpos normativos de la historia del Derecho Privado argentino: el Código de Comercio, que redactó con el uruguayo Eduardo Acevedo para Buenos Aires, cuando este estado se encontraba separado de la Confederación Argentina, y el Código Civil, que le fue encargado años después, cuando se desempeñaba como Ministro de Hacienda de Bartolomé Mitre y que presentó para su consideración por el Congreso Nacional cuando actuaba como Ministro del Interior de Domingo Faustino Sarmiento. Su proyecto fue aprobado a libro cerrado, es decir sin modificaciones surgidas del debate parlamentario³, el 25 de septiembre de 1869, mediante la Ley 340, y entró en vigencia el 1° de enero de 1871.

² Ello aún tras la reforma constitucional de 1994. La tensión existente entre la dogmática civilista, desarrollada casi exclusivamente a partir de las disposiciones del Código Civil y la derivada de la aplicación directa de normas constitucionales a la resolución de conflictos de derecho privado se ve reflejada entre las decisiones dictadas por la Cámara Civil y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Ledezma" (Fallos 331:819), entre otros.

³ Algo bien distinto a lo ocurrido en el caso del Código Civil y Comercial actual, elaborado por una comisión integrada por una multiplicidad de juristas convocados por los tres designados como integrantes de la Comisión redactora; de amplia discusión por todo el territorio del país, con extensa difusión del contenido del proyecto, por vía de reuniones efectuadas para escuchar las críticas y sugerencias formuladas por personas de todas las regiones; y con

Se trataba de un cuerpo normativo extenso que, junto con el Código de Comercio mencionado, que la Nación adoptó por Ley 15, del 10 de septiembre de 1862, contenía las normas reguladoras de la cotidianidad de los habitantes de la República Argentina; pues de eso es de lo que se ocupa el derecho privado, de lo que hace a la vida diaria de las personas, a las relaciones familiares, a su vinculación con otros, con las cosas de las que se sirven y a la gestión de su patrimonio en general, aún después de su muerte. El derecho privado es la parte del dispositivo jurídico destinada a posibilitar a las personas la búsqueda de la mejor calidad de vida posible, a desarrollar proyectos familiares, personales, también comunes, y a obtener reparación cuando ellos son injustamente afectados por otros.

Sin duda, podría pensarse que la reunión en un código de tal conjunto de principios y de reglas, contribuiría a una mayor difusión y un mejor conocimiento del derecho⁴ y seguramente ello habría sido así, habría provocado una explosión de juridicidad y la organización de nuestra sociedad según pautas legales, de no ser porque al entrar en vigencia esos códigos, tres cuartas partes de la población del país eran analfabetas⁵.

Vélez estableció una suerte de “nuevo orden jurídico”, performativo al que se intentaba ajustar la imagen de los habitantes del país y ese sistema normativo fue el que, con necesarios ajustes introducidos a lo largo del tiempo⁶ rigió entre nosotros hasta el 1º de agosto de 2015, cuando entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial. Aquellos códigos se asentaron en una lógica liberal individualista, preponderante en la época entre los triunfadores de Caseros, asentada en el tridente de los derechos de libertad, propiedad e igualdad, este último en una concepción formal, emergente del ideario de la revolución francesa que empleó esta noción como un ariete político y argumental para desarmar el aparato ideológico de atribución de derechos según el mayor o menor poder social de quien los detentaba, característico del “antiguo régimen”.

Si bien los juristas de la época compartían básicamente tal visión de las cosas, Vélez fue sorprendido⁷ por una fuerte polémica en la que su proyecto fue duramente cuestionado por Juan Bautista

una labor de análisis final, previa al debate en el recinto, desarrollada por una Comisión especial del Congreso Nacional.

⁴ El “impulso civilizatorio”, de cuño iluminista, se encontraba en la base de la codificación decimonónica y entre nosotros respondía a la idea de la sustitución de las normas propias de la barbarie por las de la civilización, visión propia de la gestión de gobierno de la que era partidario Vélez Sársfield.

⁵ Dato correspondiente al Primer Censo Argentino (1869), el que no comprendió a las tropas entonces en operaciones en Paraguay ni a la población indígena, lo que permitiría presumir que el porcentaje de población analfabeta habría sido mayor, de haber el relevamiento incluido a esos argentinos.

⁶ Uno de los principales, en 1968, por impulso de Guillermo Borda, quien también era Ministro del Interior, pero del dictador Onganía —no es un dato menor que la determinación de los principales contenidos del Código Civil se produjera de la mano de ministros políticos del momento, lo que lleva a recordar la cita de Laferrière, (ALBERDI, 1869), según la cual “On ne peut séparer l’ histoire du droit privé des revolutions du droit public” (no podemos separar la historia del derecho privado de las revoluciones del derecho público)—. Años después, tras el retorno a la Democracia en 1983, se sancionaron leyes que terminaron con la discriminación legal de los hijos nacidos fuera del matrimonio y que posibilitaron el divorcio vincular.

⁷ Así cabe entenderlo por los términos del debate; pero en cierto grado, éste fue instado por don Dalmacio, quien envió a su colega el proyecto del Libro II del código, para su evaluación; segurmanete consciente de la posibilidad de una reacción crítica de éste.

Alberdi, quien, entre otras cuestiones⁸ (ALBERDI, 1887: 80), criticó que el cordobés hubiera diseñado un nuevo orden normativo con base en doctrinas extranjeras, sin fundarlo en la legislación hasta entonces existente en el país, así como que proyectara un código único para todo el país cuando debiera haberse sostenido la posibilidad de dictar normas que respondieran a las diversas realidades y experiencias regionales. El Codificador le respondió por vía de un artículo publicado en el periódico "El Nacional"⁹ (ALBERDI, 1920: 252-360), en el que defendió la idea de un código único para todo el país —diseño previsto en el artículo 67 de la Constitución Nacional de 1853-1860—, aunque dejó abierta la posibilidad de una futura modificación, que permitiera a las provincias dictar sus propios códigos, lo que no consideraba razonable dejar en manos de los gobernantes de entonces; asimismo afirmó que la legislación anterior¹⁰ no respondía adecuadamente a las necesidades del adelantamiento de la ciencias, las nuevas costumbres y el nuevo "ser político"¹¹, no obstante lo cual destacó haberlas tenido en cuenta.

El Código Civil aparecía, entonces, como un conjunto normativo implantado en un territorio donde la abrumadora mayoría de la población no podía decodificar sus contenidos, ni invocar la ignorancia de las leyes como excusa (art. 20)¹²; elaborado por un único jurista —una tarea titánica, por cierto—, con base en fuentes preponderantemente extranjeras; destinado a regir en todo el territorio nacional, sin contemplar diversidades derivadas de las particularidades regionales ni la existencia de población indígena; una sociedad que se proponía "...promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino..." (C.N., preámbulo) y que, con criterio que ha distinguido a la República Argentina, determinó que "Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a

⁸ Estas cuestiones parecen no ser ajenas a luchas políticas más amplias; Alberdi se encontraba enfrentado políticamente a Vélez, aunque compartía su mirada sobre los aspectos sustantivos del derecho, derivados del racionalismo jurídico. Entre las observaciones que formuló al proyecto de código, se encontraba una que restaba contundencia a su argumentación, pues al ver que Vélez empleaba a Freitas como fuente, desarrolló una visión conspirativa según la cual el proyecto no era otra cosa que una vía para la sumisión del derecho argentino a los intereses del emperador del Brasil.

⁹ Abiertamente alineado en el respaldo de la candidatura de Sarmiento, a quien se refería como "el candidato de El Nacional". La respuesta de Vélez se habría publicado en el mes de junio de 1869, pero no pude encontrarla en la búsqueda que hice en la hemeroteca de la Biblioteca Nacional, por lo que la cito a través de la transcripción completa de ella, realizada en la recopilación de obras de Alberdi hecha por Joaquín V. González, bajo el título de *Obras Selectas*.

¹⁰ Fuero Real; más de doscientas leyes de Estilo; Leyes de Partida; seis volúmenes de Novísima Recopilación; Leyes de Indias y cédulas reales comunicadas a las Audiencias americanas, según lo detalló.

¹¹ La expresión traduce la idea fundacional que nutría el desarrollo encarado por Vélez con los códigos y en gran medida explica porqué, si bien las tuvo en consideración, no procuró dar continuidad a las instituciones jurídicas preexistentes, sino que las reemplazó por un modelo cincelado con herramientas originadas, en forma mediata o inmediata, en el derecho europeo continental, con centralidad en los criterios que nutrieron el Código civil francés.

¹² A esa cláusula de cierre del sistema se agrega que Vélez no había regulado el abuso de derecho, recién incorporado al código en 1968, por la reforma de la ley 17.711 y que decidió no admitir la "lesión enorme o enormísima", pese a que ello era cuestión común en diversos códigos extranjeros, porque, como lo explicó en la nota al artículo 943, "...dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades

las leyes..." (C.N., art. 20), convertía en ley un proyecto de Código Civil en el que la definición de la materia del matrimonio se daba a partir de lo dispuesto en la materia por la Iglesia Católica¹³.

Es claro que toda sanción de una ley es un acto político y lo fue la del Código Civil. Si bien el proceso de codificación no se inició con el Código Napoleón, con él se hizo explícito el propósito de cohesión política y jurídica que lo animaba y ese fue el espíritu con el que Vélez desarrolló su labor. Su código actuaba como una herramienta de instalación del ideario, de la concepción de la vida y de las cosas de la élite gobernante; tal su finalidad principal. Se trataba de normas escritas por las que se establecían derechos que, en caso de afectación, debían ser defendidos ante tribunales en los que el procedimiento a desarrollar también era escrito y el factor limitante de la posibilidad de comprensión de la norma por la población estaba dado por la altísima tasa de analfabetismo entonces existente¹⁴, lo que en gran medida contribuyó a cierta indiferencia de la población hacia el contenido de esa y de otras normas, cierto divorcio que ha perdurado a lo largo del tiempo y que se expresa en la opacidad de lo jurídico por la que el derecho, que actúa como una lógica de la vida social, como un libreto, no es conocido o no es comprendido por los actores de la escena, quienes cumplen ciertos rituales, imitan algunas conductas, reproducen ciertos gestos, con escasa o nula percepción de sus significados y alcances; en un contexto en el que grandes contingentes sociales padecen una situación de postergación, de pobreza o de atraso que produce marginalidad y anomia e implica que el mensaje del orden jurídico estatal no llega materialmente a la periferia de la estructura social (CÁRCOVA, 1998: 18 y 19). Desde otra mirada, se asigna a esa opacidad, expresada bajo la forma de una "anomia boba" el carácter de factor generador de niveles bajos de productividad o eficiencia en la sociedad argentina (NINO, 2005:31).

3. La constitucionalización del derecho privado.

En el derecho privado argentino se vivió por tiempo un absurdo, una fractura de la lógica del sistema jurídico, pues sus categorías y conceptos se desarrollaron en una suerte de endogamia retroalimentada por la doctrina y la jurisprudencia, que no remitían al nivel constitucional más que para hacer pié en la garantía del derecho de propiedad o en un concepto formal de la igualdad, sin abarcar otras garantías que o bien ya se encontraban comprendidas en el texto original de la Constitución de 1853, o fueron incorporadas por sucesivas reformas, hasta la de 1994, que, como veremos, transformó sustancialmente nuestro orden jurídico interno, con lógicos y múltiples efectos en el ámbito del derecho privado.

requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos", lo que dejaba objetivamente sin salida a quienes, en situación de inferioridad objetiva, fueran víctimas del aprovechamiento por otro.

¹³ Hasta la sanción de la ley 2393, de Matrimonio Civil, el Código preveía el matrimonio entre personas católicas (art. 167); el celebrado con autorización de la Iglesia Católica (art. 180) y el celebrado sin autorización de la Iglesia Católica (art. 183). En la nota al artículo 167 Vélez sostenía que "...El resultado que ha producido en Francia la ley de matrimonio civil nos demuestra que el Código de Napoleón no ha hecho sin obligar a católicos y protestantes a contraer dos matrimonios, el civil y el religioso. Sólo a los que no profesan religión alguna puede satisfacer el matrimonio civil", por lo que la falta de regulación de éste afectaba expresa y especialmente a quienes estuvieran en tal situación.

Entre otros factores alcanzados por el cambio de circunstancias sociales, políticas y económicas, con impacto en el derecho, se verificó el cambio producido en la frontera entre el mundo del derecho público y el del derecho privado. Mientras para aquél estaban d destinadas las constituciones, como reguladoras de derechos frente al poder del Estado, éste estaba destinado a establecer las bases para el desarrollo de relaciones ajenas a la tensión entre el individuo y el poder político; esa división no era exclusiva de nuestro país, sino que se verificaba en la generalidad de los sistemas jurídicos occidentales, en los que se concebía la existencia de una esfera privada inexpugnable, en la que el hombre-padre-esposo solía determinar las reglas a las que debía sujetarse todo integrante del grupo familiar, manteniendo una férrea disciplina interna, con auxilio del Estado, que dictaba normas acordes con tal visión de la vida y del mundo y ponía el poder coercitivo del Estado al servicio de su sostenimiento. Tal concepción de las cosas fue, como veremos, superada no sólo en el espacio público sino también el ámbito familiar.

Al festejar los argentinos el Centenario de la Revolución de Mayo, regía en el país un ordenamiento jurídico que separaba conceptualmente en forma tajante los ámbitos del derecho público y del derecho privado; que admitía el ejercicio de una autoridad patriarcal, a cargo del padre y esposo, amo y señor del ámbito doméstico al que se encontraba básicamente confinada la actividad de la mujer; que establecía un sistema de igualdad formal que presuponía que dos personas, por el sólo hecho de negociar, se encontraban en situación de igualdad y en condiciones de alcanzar un resultado justo para ambos, por lo que no concebía vías de escape para quien quedara atrapado en una relación jurídica asimétrica, abusiva o notoriamente injusta. Ese diseño normativo concebía también el carácter absoluto del dominio del propietario de una cosa y en materia sucesoria consagraba una porción legítima notoriamente alta, lo que contribuía en gran medida a evitar la fragmentación, por vía de distribución de derechos hereditarios de las posesiones de las grandes familias de la élite social a la que pertenecía el autor del código.

Ello ha cambiado notoriamente desde entonces y hasta la sanción del Código Civil y Comercial, que produce un avance importante en términos de ajuste de las normas de derecho privado a las exigencias del bloque de constitucionalidad federal y a la realidad de la sociedad argentina. La clave de bóveda del nuevo ordenamiento se encuentra en los dos primeros artículos, que establecen que los casos que se planteen con relación a las normas del código "...deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte..." (ART. 1°) y que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta, entre otros factores, "...las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos..." (ART. 2°). Como se lee, la intención del legislador ha sido la de dar la más amplia aplicación posible a las disposiciones de los tratados sobre derechos humanos, pues no ha limitado la decisión e interpretación a la aplicación de aquéllos que tienen rango constitucional, sino a todo tratado de derechos humanos¹⁵.

¹⁴ El Código Civil comenzó a regir el 1° de enero de 1871 y, según el Primer Censo Nacional, realizado en el año 1869, el 77,4% de la población argentina era analfabeta.

¹⁵ Ello determina, por ejemplo, la aplicación, en los casos pertinentes, de la Convención Americana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, "Convención de Belem Do Pará", aprobada por el Congreso Nacional por ley 24.632; entre otros tratados de derechos humanos sin rango constitucional. No obstante, es claro

El imperativo de decidir e interpretar conforme a los tratados exige que, por ejemplo, principios como el del “superior o mejor interés del niño” sea tenido en consideración en todas las decisiones que hagan a los intereses y derechos de niños, niñas y adolescentes, ello más allá de lo regulado en la materia en el artículo 26 del CCCN¹⁶ o que, cuando se discute sobre si un inmueble satisface o no los requisitos de una vivienda adecuada o digna, se tomen en especial consideración los criterios establecidos en la Observación General N° 4 del Comité del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, entre otras hipótesis posibles.

La Corte Suprema ha considerado que, en materias regidas por el Pacto de San José de Costa Rica, debían seguirse los criterios interpretativos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomando también como guía las opiniones consultivas emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, lo que llevó a que calificada doctrina en la materia (PINTO, 2007:128) sostuviera que tales opiniones consultivas gozan del valor de “doctrina”, en tanto el alcance que ellas asignan a las cláusulas de los tratados que son objeto de su interpretación es generalmente aceptado como derecho y otro tanto puede decirse de los documentos emanados de órganos de otros tratados, como las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Naciones Unidas.

4. La operatividad de las normas constitucionales.

El Derecho Privado importa al Derecho Constitucional porque contiene concreciones de los derechos fundamentales, “un derecho civil que protege la personalidad y la autonomía privada forma parte de las condiciones fundamentales del orden constitucional. El hombre despliega su personalidad libre pero a la vez está ligado a la comunidad” (TEDESCHI, 2001).

Si bien los juristas argentinos siempre proclamaron formalmente la supremacía de la Constitución, desde 1930¹⁷ nuestra comunidad desarrolló su vida soslayando su vigencia por lapsos prolongados; aceptando que la usurpación de los poderes constituidos se impusiera al poder constituyente. No fue éste un fenómeno exclusivo de la República Argentina, sino que se verificó en otros países en los que gobiernos dictatoriales interrumpieron la posibilidad de desarrollo y evolución democráticos de sus sociedades. En la primera parte del Siglo XX, tal apropiación del espacio de debate propio de la vida democrática encontró justificación teórica en trabajos de autores como Karl Schmitt, quienes —a partir de su crítica del sistema de Weimar— cuestionaban a la democracia burguesa liberal, en un mundo en el que

que ello es lógica derivación de lo establecido en el artículo 75, inciso 22, primer párrafo “in fine” de la Constitución Nacional.

¹⁶ Por ejemplo, que no se tolere que una escuela privada impida el ingreso de un chico porque el padre adeuda cuotas, diferenciando situaciones, pues si bien el colegio tiene derecho a cobrar las cuotas convenidas, para lo que podrá formular o un reclamo o iniciar un juicio, no puede hacerlo tomando como rehén del pago la continuidad escolar del niño.

¹⁷ En ese año, la Corte Suprema de Justicia, por medio de una acordada emitida el día 10 de septiembre y firmada por los jueces Repetto, Figueroa Alcorta, Sagarna y Guido Lavalle, aplicó la doctrina del “gobierno de facto” del jurista canadiense Albert Constantineau (PELLET LASTRA, 2001: 59) y convalidó el golpe militar que derrocó a Hipólito Yrigoyen, el primero de varios que coartaron la vida democrática argentina durante el siglo XX.

ella era desplazada por el fascismo y por el comunismo. En tales casos, como fruto de la disciplina social impuesta desde el poder, la Constitución pierde su función, valor y eficacia como norma suprema y comienza a ser percibida por los habitantes del país sólo como un documento histórico, que no se invoca, o como una suerte de programa, de anhelo de lo posible (GARCIA DE ENTERRIA, 1984: 33).

Los gobiernos de facto siempre limitaron la vigencia de las garantías constitucionales y ello determinó el desarrollo de una dogmática de evolución independiente de la intermitencia constitucional, elaborada como si pudiera existir un derecho legítimo, válido, con independencia de la vigencia de la Constitución o bajo el imperio de los engendros jurídicos estatutarios elaborados por las dictaduras y al abrigo de esa visión de las cosas, hubo entre nosotros quien sostuvo que el Código Civil podía ser considerado más importante que la Constitución, por su incidencia en la vida cotidiana de las personas.

Nuestro país retornó a la vida democrática a fines de 1983 y entonces se inició un complejo proceso de reconstrucción y de reparación de los daños que la dictadura había generado; el que principió, como es lógico, por las libertades que aquélla había conculcado especialmente, de un modo grosero, vinculadas con las garantías del debido proceso penal, de la libertad y la vida de las personas; pero que permitió que, en la medida que se avanzó en la búsqueda de Justicia para esas cuestiones, se pudiera también progresar en el despliegue de los valiosos restantes derechos de naturaleza social contenidos en la Constitución y en diversos Tratados de Derechos Humanos.

Hubo desde entonces otra mirada hacia la Constitución, reconociendo su rol fundamental; pero siempre operando sobre un texto, en esencia liberal, al que en 1958 se habían incorporado algunos derechos sociales que, en gran medida, habían mantenido para la sociedad ese carácter meramente programático, propio de esa mirada de matriz autoritaria a la que hice ya referencia.

En este trayecto, un cambio cualitativo importante se produjo cuando, el 2 de febrero de 1984, nuestro país suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", aprobada por ley 23.054. Lo hicimos con expreso reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para recibir denuncias por violaciones a las disposiciones de la convención en la República —cinco de septiembre de 1984—, lo que establecía una instancia supranacional de control del cumplimiento de sus disposiciones para los diversos derechos civiles y políticos allí enunciados, salvo lo inherente al de propiedad privada (art. 21), con relación al cuál nuestro país formuló una reserva en los siguientes términos: "El Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de 'utilidad pública' e 'interés social' y ni lo que éstos entiendan como 'indemnización justa'...". En gran medida, fue por ello —sino por grosera indiferencia o ignorancia— que nuestra jurisprudencia en materias como civil, comercial y previsional —siempre fogueadas por la "emergencias", en sus diversas mutaciones—, pareció soslayar la existencia de la convención, que tuvo mayor aplicación en ámbitos como el penal o el de los derechos personalísimos.

En el curso del Siglo XX, nuestro mercado se desarrolló siguiendo las pautas de producción y comercialización a gran escala que determinaron la aparición de los problemas propios de una sociedad atravesada por relaciones de consumo y, en atención a esa circunstancia, en 1993 el Congreso Nacional sancionó la Ley 24.240, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, la que introducía una mirada renovada sobre los cambios operados en un sinnúmero de relaciones económicas que desbordaban los límites dogmáticos propios del Derecho Privado con el que venían siendo analizadas; pero esa norma sufrió una promulgación parcial, por vía del decreto 2089, del 13 de octubre de 1993 (B.O. 15/10/1993), que vetó algunas de sus disposiciones. La entrada en vigencia de esa norma marcó el inicio de un nuevo rumbo en el tratamiento de las relaciones de consumo, caracterizado por un cambio de los paradigmas imperantes, ya que un amplio sector de la contratación se sujetó a un estatuto particular sustentado en criterios derivados del orden público económico social de protección. Si bien el veto parcial del Ejecutivo afectó profundamente la eficacia inicial de la norma, ello determinó en alguna medida la posterior incorporación de la protección de los consumidores a la constitución, procurando darle una jerarquía que la dejara al abrigo de los vaivenes de los intereses políticos y económicos que procuraban limitarla.

Ante tal situación, afortunadamente, en 1994 se produjo un cambio profundo en nuestro sistema constitucional, pues la reforma operada en el texto de la Ley Suprema por la Convención Constituyente entonces reunida no sólo introdujo nuevos derechos —entre ellos los de los consumidores y usuarios, enunciados en el art. 42— sino que, por vía de lo establecido en el art. 75, inc. 22, amplió nuestra normativa constitucional a un conjunto de Tratados Internacionales de Derechos Humanos que alejaron notoriamente nuestro bloque de constitucionalidad federal de su modelo estadounidense y le confirió perfiles propios, basamento para la construcción de un derecho orientado más a la atención de la realidad de los habitantes del país que a la incorporación de modelos extranjeros.

Así, nos encontramos hoy frente a un nuevo universo normativo, al que la dogmática tradicional no le basta; pues ella resulta insuficiente para dar respuestas satisfactorias a un conjunto de requerimientos constitucionales, en su proyección sobre una también nueva realidad; lo que no parece ser aún advertido en todos los casos por los operadores jurídicos, como lo veremos más adelante.

En este orden normativo de la Democracia, las normas constitucionales y convencionales recobran su rol de fuente de legitimidad de los productos normativos infraconstitucionales (leyes, decretos, resoluciones, sentencias, contratos, etc.), cuestión vinculada directamente con los dos primeros artículos del código, a los que ya hemos hecho referencia.

5. Los grandes cambios sociales con impacto en el Derecho Privado:

Diversas han sido las transformaciones operadas en el Derecho, a nivel global, durante el pasado, muchas de ellas estrechamente vinculadas con la Segunda Guerra Mundial¹⁸. Esas transformaciones

¹⁸ El ingreso masivo de las mujeres como parte de la fuerza laboral tuvo que ver con la necesidad de cubrir los puestos dejados por los hombres que habían sido movilizados a los distintos frentes de combate y ello generó un cambio que provocó un avance en el reconocimiento de derechos y en el camino, aún en tránsito, hacia la igualdad

técnicas y sociales dieron lugar a un proceso de cambio en los conceptos y categorías jurídicas, que no ha hecho más que acelerarse en términos exponenciales.

El desarrollo del Derecho durante el Siglo XX puso en crisis el proyecto moderno de regulación, en el que las constituciones organizaban el funcionamiento del Estado y los Códigos, el comportamiento que debían observar las personas en los restantes ámbitos de la vida del país. En un primer momento, por el desarrollo de los Estados de Bienestar, su legislación protectoria y el avance del espacio de lo público sobre el derecho privado y en un segundo momento, por la globalización, la pérdida de poder de los Estados Nacionales y la reafirmación del mercado como el nuevo espacio hegemónico de regulación social (TEDESCHI, 2001).

En la economía moderna, muchas habilidades son de corta vida; en la tecnología y en las ciencias, al igual que en formas avanzadas de producción, los trabajadores necesitan reciclarse a razón de un promedio de entre cada ocho y doce años; pero la mayor parte de la gente necesita un relato de vida que sirva de sostén a su existencia, se enorgullece de su habilidad para algo específico y valora las experiencias por las que ha pasado; por lo que el ideal cultural de las nuevas instituciones es perjudicial para muchos de los individuos que viven en ellas (SENNETT, 2008: 11-12). Se produce un fenómeno de despersonalización, de limitación del ámbito privado, penetrado por vías diversas o expuesto directamente por las personas en la definición de diversos aspectos de su vida por las redes sociales.

Atravesado por las normas internacionales sobre derechos humanos, nuestro sistema jurídico se vio transformado, con efectos revitalizadores en todas las áreas jurídicas. No obstante, como todo proceso de cambio, el signado por esa transformación aún enfrenta resistencias. Uno de los argumentos que habitualmente se invocan para intentar soslayar la aplicación de los derechos sociales contenidos en tratados sobre derechos humanos sostiene que mientras que el respeto de los derechos habitualmente incluidos en la categoría de los "civiles y políticos" se puede alcanzar por vía de una conducta negativa del Estado —no detener arbitrariamente a las personas, no condenarlas sin juicio previo, no interferir con el ejercicio de los derechos derivados de la propiedad privada, etc.—, los derechos sociales exigen acciones positivas, pues para su satisfacción requieren del diseño de políticas concretas (ABRAMOVICH – COURTIS, 2002: 19 a 28), por lo que no pueden ser los jueces quienes dispongan su implementación. A poco que se reflexiona sobre la cuestión, es posible establecer que tal intento de distinción es falaz o aparente, pues también el respeto de los derechos civiles exige de parte del Estado la creación de la infraestructura necesaria para ello; de hecho, la comunidad destina una gran cantidad de recursos para hacer efectivo el derecho de propiedad, a través de la organización de registros, de servicios de catastro, de juzgados, etc. y, por otra parte, los derechos sociales también entrañan obligaciones de abstención —no dañar la salud, no empeorar la educación, etc. —.

de género; los avances farmacológicos y en tecnología médica derivados de las necesidades de atender heridos y de la transformación de la tecnología bélica, especialmente la relacionada con mecanismos de detección y con el control de la energía nuclear, provocaron un gran desarrollo de los medios diagnósticos y de tratamiento que inciden hoy en una prolongación de las expectativas de vida medias de la población y los crímenes cometidos por los nazis en los

Es claro que las disposiciones de los tratados deben ser aplicadas como norma constitucional. No se trata de programas políticos ni de enunciados de buenos propósitos, sino de normas jurídicas que establecen derechos que deben ser garantizados por el sistema jurídico argentino. Es evidente que la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos no tiene por único objeto servir de complemento a la parte dogmática de la Constitución sino que condiciona el ejercicio de todo el poder público, incluido el judicial, por lo que su violación no sólo genera un supuesto de responsabilidad internacional del Estado sino también la violación de la Constitución misma y, en el plano interno, la adopción de decisiones arbitrarias, por prescindir de normas de rango constitucional (ABRAMOVICH – COURTIS, 2002, 72).

La concepción tradicional de los derechos humanos o fundamentales entendía que ellos se encontraban dirigidos sólo contra el Estado, pero nuestra Corte Suprema de Justicia estableció hace tiempo que “Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos —porque son los derechos esenciales del hombre— esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad” (Fallos 241:298, caso “Kot”).

6. De poderosos a vulnerables, el cambio operado en el paradigma igualitario:

Por tiempo, los derechos de los que gozaban las personas se encontraban directamente asociados a su posición en la estructura social; distribución estamental que alcanzó su máxima expresión en el sistema absolutista, en gran medida luego deconstruido por la idea de la igualdad jurídica de los sujetos, sin importar su condición social, que la Revolución francesa empleó como ariete argumental, idea fuerza, para la demolición del régimen anterior¹⁹. Una pluralidad de status y predicados jurídicos fue simplificada por vía de la idea de igualdad, el igualitarismo significó la unicidad del sujeto (TEDESCHI, 2001). Ese concepto de igualdad formal penetró en el código civil francés y, a través de él, en el nuestro y confluyó con la regla igualitaria del artículo 16 de la Constitución Nacional, de vertiente diversa y con base en la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció hace tiempo su tradicional criterio con relación a que la ley debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias. El problema ha sido que, tanto por cómo se concibieron los derechos, como por la organización del sistema institucional, el liberalismo que nutría tal concepción terminó afectando las razonables pretensiones que podría tener una postura igualitaria consistente (GARGARELLA, 2008: I-19).

El concepto de igualdad formal así enunciado en diversas áreas de nuestro sistema jurídico era, en el mejor de los casos, performativo y distaba de verificarse en la realidad; de hecho, su aplicación sin considerar la distinta situación de determinadas categorías de sujetos que sufrían desventajas sociales ostensibles, generaba inequidad, injusticia. Por ello, a partir de mediados del siglo pasado, como producto de números factores confluyentes que ya hemos enunciado someramente, comenzó a verificarse un

campos de concentración, llevaron a Polonia a proponer a la consideración de las Naciones Unidas el documento base de la que luego se transformó en la Convención sobre los Derechos del Niño.

cambio profundo en la concepción del principio igualitario, con reformas producidas en diversos microsistemas normativos por las que se procuró avanzar hacia una igualdad estructural, de concreción posible, efectiva, real. Como resultado de esa labor, hoy verificamos que existen en nuestro sistema jurídico categorías de personas que gozan de un trato favorable a sus intereses, como los consumidores (art. 42 de la C.N.) y otras que a ello suman su carácter de acreedores de acciones positivas del Estado, orientadas a lograr para ellas condiciones de igualdad efectiva (ancianos, niños, mujeres y discapacitados, art. 75, inc. 23 de la C.N.). El régimen diferenciado del que gozan esas categorías de sujetos no depende ya de su mayor poder en la sociedad, sino de su vulnerabilidad y de la necesidad de establecer herramientas que les permitan morigerar o superar las asimetrías estructurales que aún padecen.

Es que la igualdad de todos con respecto a todas las posiciones jurídicas conduciría no sólo a normas no funcionales, disparatadas e injustas, sino que también eliminaría los presupuestos para el ejercicio de competencias (ALEXY, 1986: 384). El trato jurídico diferenciado ha pasado de ser, entonces, un privilegio impuesto por los poderosos a un derecho del que gozan los vulnerables y opera como un nivelador de asimetrías estructurales en procura de la deseada igualdad. La especial protección de la que gozan los niños o el derecho a una mayor autonomía de los ancianos, el respeto por los derechos de las mujeres o de las personas que sufren alguna forma de discapacidad no pueden ser hoy soslayados en las relaciones entre particulares, quienes no pueden someter a las personas que integran esas categorías a trato discriminatorio. Por ello, actualmente podemos distinguir dos visiones de la igualdad: la "clásica", próxima al pensamiento liberal tradicional, de cariz individualista, que ha dominado por tiempo entre nosotros la discusión sobre la igualdad, y otra, que podemos denominar "estructural", para la que resulta relevante la incorporación de datos históricos y sociales, que dan cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática que afecta a sectores de la sociedad (SABA, 2007), lo que permite una interpretación diferente del principio de igualdad ante la ley, establecido en el artículo 16 de nuestra Constitución, acorde con las modificaciones introducidas a nuestro sistema normativo por la reforma constitucional de 1994.

Los mecanismos técnicos de morigeración de las asimetrías padecidas por las categorías antes mencionadas, determinan una nueva pluralidad de sujetos de derecho; caracterizada por su mayor vulnerabilidad y esencialmente reconocida para generar igualdad en términos estructurales y no para limitarla. La noción de vulnerabilidad define el supuesto de hecho de la protección; vulnerable es un sujeto que es débil frente a otro en una relación jurídica. Se trata de una desigualdad específica, que se refiere a una desigualdad de recursos que el sujeto tiene para relacionarse con los demás y que obsta a su posibilidad de elección racional, pues ella se encuentra condicionada. La vulnerabilidad puede ser estructural o coyuntural, económica, cognoscitiva, etc. (LORENZETTI, 2003, 35 a 41).

¹⁹ La introducción del paradigma igualitario importó una auténtica "revolución", pues provocó un cambio en el eje del sistema de atribución de derechos, notoriamente divergente del preexistente (KHUN, 1971).

7. Otros cambios relevantes: la difuminación del límite entre lo público y lo privado:

El avance del mercado y de la sociedad de consumo, su penetración en diversas esferas de la vida de las personas, produce en gran medida un ocaso de la individualidad del hombre común, la que desaparece en el anonimato cotidiano, en una sociedad de masas, con contenidos culturales y actividades estandarizadas que determinan sentidos colectivos.

La instalación de la inseguridad como uno de los temas de la cotidianeidad de la población no sólo sirve al control social sino que genera una notoria transformación de los espacios públicos y privados, transformados en áreas vigiladas, monitoreadas.²⁰ Constituye, por otra parte, el motor de negocios de enorme envergadura económica, como los generados por las empresas de vigilancia, las de alarmas, los seguros domiciliarios y personales, etc.²¹

En esa situación, el reconocimiento de mayor autonomía subjetiva y el específico de la dignidad personal, por vía de la habilitación de la posibilidad de reclamar la prevención y la reparación de los hechos o actos lesivos de la honra, reputación o dignidad personal; de la exclusión del objeto de los contratos de los hechos contrarios a la dignidad de la persona humana (ART. 1004) y de la imposición de trato digno y no discriminatorio en los contratos de consumo (ARTS. 1097 Y 1098), entre otros recursos técnicos, se orienta en el sentido de preservar a la persona de la sumersión en las circunstancias señaladas.

8. Algunos aspectos de la regulación del Código Civil y Comercial que dan cuenta de un cambio de enfoque en el devenir del Derecho Privado:

Muchos de los factores y conceptos mencionados pueden ser rastreados en las líneas del nuevo código. En los apartados siguientes efectuaremos una selección de aspectos regulatorios en los que puede verificarse la traza de una concepción de las cosas que, si bien coincide con el deber ser constitucional, se aparta de los criterios con los que ha operado por tiempo el derecho privado argentino.

8.1. Persona humana, dignidad y autonomía:

En el artículo 19 del CCCN se establece que la persona comienza con la concepción, enunciado acorde con el empleo de técnicas de reproducción asistida como una tercera fuente filial y modo de respetar el derecho de toda persona a formar una familia. Una interpretación sistémica del enunciado normativo determina que la concepción se deba considerar operada con la implantación del embrión, ello en razón de lo establecido en el artículo 20, que dice que por concepción se entiende el lapso entre el

²⁰ La entrada o salida de una persona de su domicilio, los espacios por los que se desplaza en su domicilio, los lugares que recorre en la ciudad o en un territorio más amplio, pueden ser seguidos por sistemas de monitoreo asociados a alarmas domiciliarias o al teléfono celular que porta todo el tiempo consigo, como si fuera un atributo de su personalidad.

²¹ Ese movimiento económico y jurídico transcurre detrás de bastidores, pese a su rotunda presencia en las calles. Los contratos que vehiculizan estos negocios se encuentran comprendidos en otros, más asépticos, regulados en el código —como los de obra y servicios— o fuera de él —como el de seguro—. Las fuerzas de seguridad privada patrullan la frontera entre el mundo del consumo y quienes quieren acceder a él desde los sectores desplazados.

mínimo y el máximo del embarazo y éste se produce con la implantación del embrión; al tiempo que el artículo 21 alude expresamente a tal implantación. Tal interpretación es coherente con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo "Artavia Murillo y otros contra Costa Rica", del 28 de noviembre de 2012, cuya jurisprudencia es obligatoria para nuestro país, en el que se concluye que el embrión no implantado no es persona en los términos del art. 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos (HERRERA, 2014).

El Código Civil y Comercial amplía el ámbito de autonomía que habitualmente se reconocía a determinados sujetos considerados incapaces, como los niños y las personas con capacidad restringida. El criterio de atribución de la mayor autonomía posible es especialmente importante frente a la situación de la población de edad avanzada, la que tiende a aumentar, en gran medida en razón de los avances en materia de tratamientos médicos y por el desarrollo de políticas públicas de cuidado de la salud de la población. En nuestro país existe una tendencia a aislar a los ancianos, en muchos casos por cuestiones vinculadas con su cuidado en circunstancias complejas para el desarrollo de la vida familiar y es importante darles la posibilidad de desplegar en el mayor grado posible sus potencialidades vitales.

En el caso de los chicos, se incorpora al Código Civil y Comercial un diseño de capacidad progresiva de los niños y adolescentes, especialmente contemplado en el artículo 26. El que hoy nuestro derecho valide la voz de los chicos tiene que ver con profundos cambios habidos en la sociedad global, con la lógica crisis del sistema patriarcal y el cambio de mirada social sobre la sexualidad. Es claro que la principal fuente constitucional del deber de trato preferente a favor de los niños es la Convención sobre Derechos del Niño; pero en el mismo sentido se orientan otros instrumentos constitucionales, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10º, inc. 3º); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 7º, incisos 1º y 2º).

Históricamente, nuestro sistema jurídico siempre estableció un régimen de protección especial de los derechos de los menores de edad, pero por tiempo lo ajustó a los criterios derivados del sistema patriarcal que dominó por largo tiempo nuestro derecho; ellos gozaban de la representación promiscua del Asesor o Defensor Público de Menores e Incapaces, establecida en el artículo 59 del Código Civil. Pero, en razón de lo establecido en la CDN se pasó de un régimen eminentemente tutelar a otro de reconocimiento de derechos y garantías del niño en el que se prevé su capacidad progresiva y la mirada asistencialista fue sustituida por el paradigma de la "protección integral" por el que se reconoce a los chicos derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, propios, sin desconocer su condición de personas en desarrollo (MINYERSKY, 2007). Tal cambio importó una mutación profunda en el paradigma de abordaje histórico, de la condición jurídica de la niñez argentina. Hoy se entrecruzan en la protección de los niños normas constitucionales de origen diverso, cuestión evaluada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-17/2002 que, si bien no logró avanzar en forma significativa en la definición de las características jurídicas de la protección de la infancia en la región (BELOFF, 2004), tiene la riqueza de contener una evaluación

general del resultado de esa confluencia de las disposiciones de la CDN, proveniente del sistema de Naciones Unidas, con la CADH, regional.

En el caso de las personas incapaces o con capacidad restringida, se presume la capacidad general de ejercicio de toda persona, aún cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; se consideran excepcionales las limitaciones a la capacidad, se preserva el derecho de la persona a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión y se reconoce su derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada (ART. 31). La determinación de la incapacidad debe hacerse por medio de un equipo interdisciplinario y la sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, con el menor grado posible de afectación de la autonomía personal (ART. 38). La sentencia puede ser revisada en cualquier momento a pedido del interesado y sino, ello debe ser realizado por el juez cada tres años (ART. 40). El anterior régimen de curatela es sustituido por el diseño de un sistema de apoyos, que puede ser conformado por varias personas (ART. 43), lo que posibilita atender a la realidad de muchas familias y distribuir la responsabilidad de acompañamiento o cuidado entre sus integrantes, sin que la enorme carga que a menudo ella implica recaiga sobre uno sólo de sus integrantes, como ocurría hasta ahora.

En cuanto a la autonomía de decisión de las personas humanas con relación a la atención de su salud, el código incorpora la regulación del consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud; reconoce también el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o el retiro de medidas de soporte vital por parte de quienes padezcan una enfermedad irreversible, incurable, se encuentren en estado terminal o hayan sufrido lesiones que las coloquen en similar situación y en tanto los tratamientos resulten desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, produzcan un sufrimiento desmesurado o tengan por único efecto prolongar el estado terminal irreversible (ART. 59). El paciente tiene, en todos los casos, derecho a recibir cuidados paliativos integrales. También prevé el otorgamiento de directivas médicas anticipadas y que la persona que prevé su propia incapacidad, confiera mandato específico para el cuidado de su salud, así como determinar quiénes serán la o las personas que expresarán el consentimiento para la decisión sobre actos médicos y para ejercer su curatela; expresión revocable en todo momento (ART. 60). Tales previsiones se integran con las previsiones sobre exequias e inhumación y la disposición del cadáver con fines terapéuticos, científicos o pedagógicos, lo que posibilita a las personas encarar el final de su vida con dignidad, evitando que ella se prolongue en condiciones indignas, humillantes o vergonzosas, para revertir el proceso señalado por Ariès, quien afirmaba que la sociedad moderna privó al hombre de su muerte (ARIÈS, 1975:213).

8.2. Diversidad. Pluralidad de conformaciones familiares:

En los últimos años, los argentinos avanzamos sustantivamente en términos de igualdad, al incorporar a nuestro sistema jurídico el denominado matrimonio igualitario. Ello respondió a una valoración de la realidad social en la que se verifican múltiples formas familiares, muchas de ellas

conformadas más allá del corsé legal con el que históricamente se ha procurado regular la materia, basado en criterios que no pueden hoy superar un test de constitucionalidad basado en un criterio igualitario acorde a los tiempos y a las normas que integran el bloque de constitucionalidad federal. Se suma a ello la transformación generada por los cambios en materia de Biotecnología, es que “¿Acaso Vélez Sársfield podría imaginarse que una mujer sin pareja puede ser madre por reproducción asistida con donación de esperma de un tercero?” (HERRERA, 2014).

El código regula el matrimonio en forma amplia, no discriminatoria (LIBRO SEGUNDO, TÍTULO I), ampliando la autonomía de los integrantes del vínculo, quienes pueden elegir entre un régimen patrimonial de comunidad de bienes o de separación de bienes. Se regulan también las uniones convivenciales, con protección de derechos para sus integrantes (LIBRO SEGUNDO, TÍTULO III). Y en ambos supuestos se establece un régimen protectorio destinado a la tutela de la vivienda familiar, reconociendo la importancia que el derecho a una vivienda adecuada tiene para el desarrollo de las personas, por ser base de asiento para el desarrollo de actividades vinculadas con otros derechos, como los de educación o salud, que no pueden ser adecuadamente ejercidos sin una base estable que posibilite cierta continuidad en las actividades que la atención de aquéllos requieren.

No obstante la regulación, subsisten entre el matrimonio y las uniones convivenciales diferencias sustantivas, pues aquél genera efectos jurídicos que no operan en éstas, entre los que se cuentan: 1) el cónyuge es heredero legítimo, no así el conviviente, quien sólo podrá recibir bienes hereditarios por testamento, con respeto de la legítima de los herederos forzosos; 2) el matrimonio genera un régimen de bienes, de comunidad o de separación de bienes, mientras que las uniones convivenciales exigen un pacto expreso que regule la situación de los bienes que se adquieren durante la unión y 3) producido el divorcio, en supuestos excepcionales, el ex cónyuge tiene derecho a solicitar una cuota alimentaria, supuesto que no se previó para la unión convivencial (HERRERA, 2014).

El código abandona el sistema de divorcio culpable, con base en causales preestablecidas, evitando la degradación que aquél habitualmente generaba y que solía proyectar efectos altamente negativos en el desarrollo de los hijos. El proceso de divorcio se transforma, siendo más una labor de co-construcción de soluciones consensuadas sobre los efectos derivados de la ruptura del vínculo y no un proceso en el que el juez efectúa una intervención estatal en la vida íntima de la pareja. En ese contexto, se prevé la atribución de compensaciones económicas entre quienes se divorcian (HERRERA, 2014).

El código incorpora la noción de “coparentalidad”, reconociendo igualdad entre ambos padres y en materia filiatoria, atiende a la diversidad de situaciones que pueden presentarse y utiliza como criterio de atribución el de la voluntad procreacional²², que trasciende los ceñidos límites impuestos por la Biología, con una visión mucho más amplia, idónea para contemplar situaciones como las generadas por

²² Es titular de la “voluntad procreacional” quien prestó el consentimiento libre, previo e informado, sin importar si aportó o no sus gametos, ello por cuanto las técnicas de reproducción humana asistida permiten dissociar entre el elemento biológico, el genético y el volitivo. La voluntad procreacional debidamente exteriorizada mediante un consentimiento libre e informado es el elemento central para la determinación de la filiación de los niños nacidos por dichas técnicas.

las técnicas de reproducción humana asistida (ARTS. 562, 563 y conc.) y prevé la situación de las denominadas familias ensambladas, reconociendo la figura del progenitor afín, quien sin ser padre ni madre vive el día a día cotidiano con el hijo de su pareja y a quien se le atribuye la posibilidad de cooperar en la crianza y cuidado, actuar en casos de urgencia, etc., prevaleciendo el criterio del progenitor; con lógica sistémica, el progenitor afín tiene deber alimentario subsidiario a favor de los hijos de su cónyuge o conveniente (HERRERA, 2014).

En materia de adopción, se la define como una institución jurídica cuya finalidad reside en la satisfacción del derecho de todo niño a vivir en familia cuando éste no puede hacerlo en su familia de origen. Se prevén dos procesos diferenciados, el primero, en el que se declara la situación de adoptabilidad, la familia de origen tiene un lugar de importancia y en el segundo, el proceso de adopción propiamente dicho, son los pretensos adoptantes quienes cumplen un rol central, interviniendo como principal destinatario el pretense adoptado, quien es considerado parte en ambos procesos cuando cuenta con edad y grado de madurez para intervenir con su propio patrocinio letrado; se incorpora al texto civil la figura del abogado del niño que regula la ley de protección integral de niños, niñas y adolescentes. En un primer momento se debe analizar si realmente el niño puede permanecer con su familia de origen o ampliada, pues si llegara a ser así, la adopción no sería viable. Si no puede permanecer en ella, la adopción puede satisfacer el derecho de niño a vivir en familia. En cuanto a los tiempos que habitualmente insume un proceso de adopción, se fijan plazos y un procedimiento acorde a las exigencias del Sistema de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes establecido por la ley nacional 26.061 (HERRERA, 2014).

8.3. Una regulación para la realidad del mercado:

Ocupamos nuestro asiento en un avión comercial, tren o micro, y esperamos que alguien haya controlado que las cosas estén en regla. Nos sometemos a una práctica diagnóstica médica, dando por sentado que el aparato con el que se va a efectuar está bien calibrado y que no nos producirá ningún daño. Empleamos teléfonos celulares, en la inteligencia de que no afectarán nuestras neuronas mientras conversamos por medio de ellos. Ingresamos a una vía con peaje, descontando que podremos transitar por ella sin encontrar obstáculos imprevistos en el camino. Confiamos a diario en sistemas prediseñados, establecidos por años de evolución y por una multiplicidad de personas que intervinieron en su concepción, diseño, puesta en marcha, conducción y mantenimiento. Muchos de esos sistemas hoy día cuentan con capacidad para resolver problemas automáticamente, sin intermediación directa de la voluntad humana, transformándose en sistemas expertos, que constituirán parte cotidiana de nuestra vida en los próximos años.

De todos modos, hay una cuestión que es clara, y es la necesaria confianza de los usuarios en sistemas que no pueden controlar y cuya complejidad la mayoría no pueden comprender. La asimetría abismal existente en las relaciones de consumo con componente tecnológico involucrado y la imposibilidad del usuario de hacer "algo" concreto frente a ello determina la razonabilidad del sistema

protectorio y de la traslación de los riesgos de operación a la parte experta. Ello ya se encontraba previsto en el régimen de la Ley de Defensa del Consumidor (24.240 y sus modificatorias), pero ahora se incorpora un núcleo duro de la regulación al Código Civil y Comercial; lo que es importante en términos de cambio en los contenidos normativos básicos de los códigos, aun cuando no se produzca una variación significativa en el diseño del sistema legal, pues cuando Vélez y Acevedo elaboraron el Código de Comercio los intercambios lucrativos entre comerciantes y no comerciantes sólo eran regulados como actos de comercio y no como actos de consumo, noción que la Economía no había trasvasado aún al Derecho. El Derecho Mercantil ha regulado las instituciones y los intereses propios de proveedores y empresarios, sin que se contemplara la situación de los consumidores, quienes, a diferencia de los empresarios, adquieren bienes para satisfacer sus necesidades, las de su grupo familiar o social y no para transformarlos en valores de cambio; pero hoy lo que da ganancias es la desenfrenada velocidad de circulación, reciclado, envejecimiento, descarte y reemplazo —no la durabilidad ni la duradera confiabilidad de los productos— (BAUMAN, 2002: 2 y 48 a 50), lo que genera dinámicas de mercado con altísima idoneidad para generar perjuicios a los consumidores.

Los consumidores son los grandes protagonistas del derecho comercial moderno y su protección y la disposición de mecanismos para la defensa de sus intereses, se presenta para el Estado, como un mecanismo para regular la economía en términos de Justicia, pero también como una necesidad política, la de poner límites razonables al crecimiento de las grandes fuerzas económicas, capaces de condicionar las funciones de gobierno de una sociedad, controlando sus operaciones.

La regulación de los contratos de consumo dentro del Código —cuestión novedosa en el derecho comparado— provoca la fragmentación del tipo general de los contratos, por la que muchos de ellos habrán de tener su versión contrato paritario y su versión contrato de consumo; ello no ocurrirá en todos los casos, pues hay determinados contratos, regulados por el código, en los que la existencia de una versión consumo no es posible, como ocurre, por ejemplo, en los casos de los contratos de agencia, concesión o franquicia, que se dan siempre entre empresas y con finalidad de proyección lucrativa en actividad de mercado.

El nuevo código atiende a la realidad de mercado y así regula especialmente los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas y, dentro de ella, incorpora la previsión de cláusulas abusivas (ARTS. 984 a 989), lo que resulta de importancia, pues tal modalidad de vinculación contractual puede darse fuera del ámbito de los contratos de consumo, para los que ya se encontraba previsto el régimen de invalidación de las cláusulas abusivas. De tal modo, el código produce en la materia un avance razonable, destinado a evitar situaciones de abuso. La regulación da cuenta de una visión amplia de la realidad del mercado, puesta en evidencia por ello y por la incorporación al título preliminar de un artículo, el 11, referido al abuso de posición dominante en el mercado; el que proporciona a los jueces una herramienta para intervenir en relaciones en las que aquélla se verifique, haciendo cesar los efectos distorsivos y fijando un resarcimiento, de ser ello pertinente.

En materia específica de contratos de consumo, el código mantiene el criterio de interpretación en favor del consumidor (ARTS. 1094 y 1095); se ocupa de las prácticas abusivas, imponiendo el trato digno, equitativo y no discriminatorio de los consumidores (ARTS. 1096 A 1098); regula las cláusulas abusivas (ARTS. 1117 a 1122); impone la provisión de información y regula la materia de la publicidad y sus efectos (ARTS. 1100 A 1103); introduce en el código la regulación del régimen de la contratación fuera de los locales comerciales (ARTS. 1104 a 1116), entre otras cuestiones.

Entre los treinta y un contratos que el código regula, incluye un subsistema dedicado a los contratos bancarios, imponiendo su categorización en contratos de cartera comercial o de consumo y reservando para estos mayores exigencias en materia de información, destinadas a posibilitar una mejor tutela de los intereses de los consumidores de servicios financieros y bancarios. Ello responde en gran medida a la experiencia vivida por los argentinos en las últimas décadas, realidad que el código considera.

El CCCN responde también a las exigencias de los sectores empresariales del mercado y de allí que se haya introducido en él la regulación del contrato de arbitraje, que permite la resolución de conflictos entre operadores económicos fuera de los tribunales. De esta posibilidad se encuentran expresamente excluidos los litigios derivados de relaciones de consumo, lo que es razonable en términos de protección de los consumidores, para quienes se han diseñado otros mecanismos de reclamo y resolución de conflictos, como los previstos en la ley .

La importancia del establecimiento de un "núcleo duro" de protección de los consumidores se deriva de que numerosas actividades que antes eran monopolizadas por el Estado son hoy ejercidas por particulares, y se ha desarrollado el concepto de "orden público económico", al que atañen las cuestiones de regulación del mercado y, más específicamente, de un "orden público protectorio", por el que, con fundamento en la vulnerabilidad del consumidor, se justifica la aplicación del principio protectorio constitucional (LORENZETTI, 2003: 24).

Ello aparece con especial evidencia en contratos relacionados con necesidades básicas de la población, como los de servicios de salud, evaluación y transporte.

La experiencia histórica de la etapa de expansión de la sociedad capitalista abierta a un mercado de consumo masivo ha permitido verificar una tendencia natural por la que los proveedores de bienes y servicios tienen a maximizar sus beneficios y, en algunos casos, a abusar de su eventual posición dominante en el mercado. Y ello se ha corroborado en grado tal que no pueda considerarse posible descansar exclusivamente en la confianza en la buena fe de los sectores empresariales, de cara al respeto de los derechos de los consumidores y usuarios, lo que ha determinado históricamente la necesidad de contar con medidas legislativas, judiciales y administrativas, que posibiliten alcanzar efectividad en la protección frente a conductas que pueden ir desde la grosera violación y el abuso hasta el mero soslayo, la desatención por ignorancia, culpa o ventaja; situaciones en las que el consumidor se encuentra en situación de desventaja en una relación asimétrica en cuya regulación no tiene mayor poder de incidir.

8.4. Otros cambios destacables:

En materia de derechos reales, se incorporó al código la regulación de la Propiedad Horizontal y la de los conjuntos inmobiliarios, complejos de tiempo compartido y cementerios privados, cuestiones de importancia, pues se uniforma el criterio legal, actualmente atomizado en soluciones diversas, en distintas regiones del país, las que a menudo derivan en la afectación de los derechos de los particulares.

En materia sucesoria, entre otros cambios, el código disminuye la porción legítima de los descendientes a los dos tercios y la de los ascendientes a un medio, manteniendo la del cónyuge en esta última proporción, lo que aumenta el grado de autonomía del causante al tiempo de adoptar disposiciones de última voluntad (ART. 2445).

Finalmente, consideramos importante destacar que el código establece la imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad (ART. 2561, último párrafo); lo que, más allá de la razonabilidad técnica ostensible de la medida, constituye un importante mensaje respecto de su contenido axiológico.

9. Conclusiones:

El nuevo Código Civil y Comercial, que impone la solución de los casos sometidos a su aplicación según las disposiciones de la Constitución Nacional y de los tratados de derechos humanos, deberá actuar como catalizador en el proceso de constitucionalización del derecho privado argentino, el que viene desarrollándose con notoria demora, por una suerte de blindaje de gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia en la materia, reacias a variar la óptica desde la que habitualmente abordaron los temas de la especialidad, con base en criterios y razonamientos desarrollados al interior de un derecho civil que se desarrolló entre nosotros con cierta lógica endogámica, que debe ya abandonar.

Emplea un lenguaje mucho más claro, llano y comprensible para los destinatarios de la norma que el de sus antecesores, los códigos Civil y de Comercio, ahora derogados. Con criterio realista e igualitario, coloca en valor una autonomía sustantiva, desplegada en el máximo grado posible, de acuerdo a las circunstancias del sujeto; supera la visión declamatoria, formal, del derecho a la igualdad, para dar cuenta de una concepción estructural. Considera y establece la regulación para las distintas formas de familia que se presentan en nuestra sociedad y atiende a la evolución de la Biotecnología, con impacto en el reconocimiento de derechos filiatorios. Protege los derechos de los consumidores por vía de la incorporación de su núcleo duro al código. Contempla las nuevas formas de propiedad e incorpora en distintas áreas las mejoras que buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia han venido reclamando por tiempo, etcétera.

El altamente probable que tamaño esfuerzo legislativo enfrente una reacción conservadora que procure enervar los efectos de tal orientación constitucional; pero ella deberá ceder, por imperativo de las necesidades de una sociedad plural en su avance hacia una mejor calidad de vida individual y colectiva.

La sanción de un código en tiempos de descodificación (IRTI, 1992: 33) constituye una apuesta relevante en procura de la resignificación de un sistema de derecho útil para las personas, un esfuerzo a contracorriente de la crisis global de la razón jurídica (FERRAJOLI, 2010:18).

El Código Civil y Comercial constituye una herramienta idónea para la difusión y el conocimiento del derecho que rige la vida cotidiana de los habitantes del país (ART. 4 CCCN), un vehículo para la construcción de ciudadanía y para cimentar las bases de una sociedad más justa, una sociedad de iguales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. (2002) *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ALBERDI, J.B. (1868) *Obras completas*, tomo VII. Buenos Aires, La Tribuna Nacional, 1887.
- ALBERDI, J.B. (1920) *Obras Selectas*, tomo IX, Escritos Jurídicos, volumen 2º. Librería La Facultad. Buenos Aires, 1920, recopilación a cargo de Joaquín V. González.
- ALEXYS, R. (1984) *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARIÈS, P. (1975) *Morir en Occidente*. Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2000.
- BAUMAN, Z. (2002) *Modernidad Líquida*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de México, 2002.
- BELOFF, M. (2004) *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires, Del Puerto, 2004.
- CÁRCOVA, C. M. (1998) *La opacidad del derecho*. Madrid, Trotta, 1998.
- FERRAJOLI, L. (1999) *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 2010.
- GARCIA DE ENTERRIA, E. (1981) *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1993.
- GARGARELLA, R. (2008) "El contenido igualitario del constitucionalismo", en GARGARELLA, R. (coord.) *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot., 2008.
- HERRERA, M. (2014) *Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Infojus, DACF140723, 2 de octubre de 2014.
- IRTI, N. (1992) *La edad de la descodificación*. Barcelona, Bosch, 1992.
- KHUN, T. S. (1971) *La estructura de las revoluciones científicas*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de México, 1971.
- La Educación de Jóvenes y Adultos —Estado de situación en la Argentina— Ministerio de Educación de la Nación, agosto 2000, donde se cita a CFI Analfabetismo en Argentina, Evolución y Tendencias actuales. Buenos Aires, 1963. Ministerio de Educación y Justicia, CONAFEP, Plan Nacional de Alfabetización. Buenos Aires, 1985.

- LORENZETTI R. L. (2003) *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003.
- MINYERSKY, N. (2007) "Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño", en GROSMAN, C. (dir.) *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, ps. 251 a 277.
- NINO, C. (2005) *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires, Ariel, 2005.
- PELLET LASTRA, A. (2001) *Historia Política de la Corte (1930-1990)*. Buenos Aires, Ad Hoc, 2001.
- PINTO, M. (2007) "El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", en CELS (2007) *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*. Buenos Aires, CELS y Editorial Del Puerto, 2007.
- Primer Censo Argentino, Introducción, Capítulo XV, dedicado a los datos relativos al nivel de instrucción de la población censada (publicación oficial, Buenos Aires, 1872), imágenes digitalizadas consultadas en la página : http://www.deie.mendoza.gov.ar/tematicas/censos/censos_digitalizados/Censos%20Digitalizados/index.html.
- SABA, R. "(Des)igualdad estructural, en El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario". ALEGRE, M. y GARGARELLA, R. (coords.), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 163/197.
- SENNETT, R. (2006) *La cultura del nuevo capitalismo*. Barcelona, Anagrama, 2006.
- TEDESCHI, S. (2001) "El Waterloo del Código Civil Napoleónico", COURTIS, C. (comp.) (2001) *Desde otra Mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2001, pp. 159 a 181.

UNA VISIÓN PANORÁMICA DE LAS NUEVAS “SOCIEDADES INCLUIDAS” DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Por Rosana Gabriela Lefevre y Gabriela Esteban

Recibido: 01.09.2015

Aceptado: 20.10.2015

RESUMEN

El Congreso de la Nación Argentina aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación mediante Ley Nro. 26.994, la cual entró en vigencia el 1ro de Agosto de 2015. El Anexo II de este ordenamiento incluye reformas a la Ley 19.550. Una de las más significativas es la creación de una nueva categoría de estructura societaria denominada “Sociedades incluidas”. Estas gozan de mayor flexibilidad respecto de los tipos societarios permitidos originariamente y está previsto que las “Sociedades incluidas” gocen de un nuevo estándar legal, que les confiere –entre otros aspectos - el derecho de ser titular de bienes registrables ante el organismo correspondiente. Se aplica a aquellas sociedades que no hayan cumplimentado los requisitos formales legales y como tipo residual. El contrato social es oponible frente a terceros y entre socios, alentando a los empresarios a vincularse en el ámbito intrasocietario y con terceros bajo el principio de transparencia.

PALABRAS CLAVE

Sociedades incluidas - Sociedades informales - Reforma Ley General de Sociedades.

AN OVERVIEW OF THE NEW “SOCIEDADES INCLUIDAS” IN THE AMENDMENT TO THE COMPANIES ACT

By Rosana Gabriela Lefevre and Gabriela Esteban

ABSTRACT

The Argentine Congress approved Act No. 26.994 (New Civil and Commercial Code), which entered into force on 1 August 2015. The Code included amendments to the Companies Act 19.550 (Annex II in Act No. 26.994). One of the main modifications regarding corporate matters is the creation of a new category of corporate structure called “Sociedades incluidas”. This type of corporation is more flexible than traditional permitted types of corporate structures available for association. Moreover, the new legal standard entitles “Sociedades incluidas” even to register goods in the Real Estate Registry Office. This regime is applied to Companies that do not comply with mandatory registration and has been modified to recognize the terms and conditions agreed by the partners, in connection with relationships between the partners and with third parties affected by the terms and conditions. Consequently with this amendment, businessmen are encouraged to link with third parties fairly and transparently.

KEY WORDS

“Sociedades incluidas” - Informal corporations - Amendment to the Argentine Companies Act.

UNA VISIÓN PANORÁMICA DE LAS NUEVAS "SOCIEDADES INCLUIDAS" DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Por Rosana Gabriela Lefevre* y Gabriela Esteban**

I.- Introducción

La Ley 19.550 anteriormente conocida como "Ley de Sociedades Civiles y Comerciales" ha sido objeto de una reforma parcial. La Ley 26.994 –que unifica la materia civil y comercial en un solo cuerpo¹, en su Anexo I modifica veinticuatro artículos de la ley 19.550 y sustituye la denominación de la "Ley de Sociedades Civiles y Comerciales", que ha pasado a identificarse como la "Ley General de Sociedades", en adelante LGS.

En cuanto al tema que nos aboca, se sustituye la denominación de la SECCION IV del CAPITULO I de la Ley N° 19.550, T.O. 1984, (antes de la "sociedad no constituida regularmente") por la siguiente: "SECCION IV De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos."

Este cambio se verifica en la práctica no solamente desde una perspectiva semántica sino sustancial, ya que trae aparejado el reconocimiento de una nueva categoría denominada "**Sociedades incluidas**"².

El art. 1 de la ley 19.550 reconocía como "sociedades regulares" a aquellas que habían adoptado uno de los tipos sociales legalmente admitidos y que habiendo cumplimentado todos los requisitos exigidos para la constitución, habían llegado a concluir de manera satisfactoria el denominado "iter constitutivo", es decir aquellas que habían cumplido con la debida publicidad y finalizado los trámites de inscripción en el Registro Público de Comercio competente.

* Abogada especialista en Asesoramiento Jurídico de Empresas. Profesora adjunta de las materias Derecho Comercial y Sociedades en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad de La Matanza profesora adjunta de la materia comercial I. Profesora adjunta de Derecho comercial Plan 2004 en UBA XXII Unidad Penal de Devoto CUD. Profesora adjunta de la materia Derecho privado Civil y Comercial de la Universidad Nacional de Moreno. Profesora adjunta de la materia empresario II de la Facultad de ciencias Económicas de la Universidad de Morón. Email: rolefevre@derecho.uba.ar.

** Abogada especializada en temas de Derecho Comercial y de la Empresa. Jefa de Trabajos Prácticos de las materias Derecho Comercial y Sociedades en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

¹Ley 26.994 fue sancionada el 1º de octubre de 2014 y promulgada el 7 de octubre de 2014, habiendo entrado en vigencia el pasado 1º de agosto de 2015.

² Sociedades incluidas.

El régimen aplicable a aquellas sociedades que no se adecuaban a la categoría anterior era el de las "sociedades no constituidas regularmente" que englobaba a las denominadas "sociedades irregulares y de hecho e incluso a las sociedades en formación" con tutela normativa en los art 21 y 26 de la ley 19.550.

Recordamos la definición de Nissen que conceptualiza a las sociedades de hecho como aquellas que carecen de instrumentación y en las cuales los socios han prestado su consentimiento en forma verbal, para realizar una actividad económica determinada, dispuestos a repartirse las utilidades y soportar las pérdidas.

Cabe aclarar que se les aplicaba la ley 19.550 cuando el objeto social era comercial.

Continúa diciendo el Dr. Ricardo Nissen que, "*en las sociedades irregulares, sus integrantes han suscrito el contrato social, que se encuentra ajustado al art. 11 de la ley 19.550, con todos los elementos y los requisitos por él dispuestos, pero, sin embargo, adolece de los vicios de forma, por la omisión de la registración prevista en el art. 7° de la citada ley*" (NISSEN 1989: 20-21). Esta diferente naturaleza entre ambas categorías también ha sido puesta en relieve por nuestra jurisprudencia, sosteniéndose que: "*Si bien las sociedades irregulares y de hecho tienen en común la inexistencia de las formas exigidas por la ley, ambas se diferencian a mérito de la existencia o no del contrato escrito*"³

En líneas generales, el régimen de las sociedades no constituidas regularmente se resumía en los siguientes efectos que se pueden clasificar:

- **CON RESPECTO A TERCEROS:** Los socios respondían frente a éstos en forma ilimitada, solidaria y no subsidiaria (directa) es decir sin poder invocar beneficio de excusión, dado que la existencia de esta sociedad era inoponible ante la falta de inscripción en el Registro Público de Comercio –hoy Registro Público a secas- previa publicidad respectiva.

- **CON RESPECTO A LOS SOCIOS ENTRE SI:** Los socios no podían invocar entre ellos cláusulas contractuales ni ante la sociedad.

II. Las Sociedades Incluidas de la Sección IV en la Ley General de Sociedades

Como dijimos en la introducción a partir de la ley 26.994 los artículos 21 a 26 han sido sustituidos por nuevas normas que se incluyen en Sección IV del Capítulo I de la ahora denominada Ley General de Sociedades. De esta regulación surge la creación de las denominadas Sociedades Incluidas que pueden considerarse, al menos con fines académicos, como la creación de una nueva categoría de carácter residual que engloba a aquellas sociedades que no se adecuan a las disposiciones exigidas para la existencia de la persona jurídica según la Ley General de Sociedades (BALBIN 2015).

A tal fin transcribimos la norma pertinente:

"Sociedades incluidas.

Art. 21 de la LGS. — La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta Sección.

³ C. Nac. Com., sala A, 39/8/1997, "Gambartes, Beatriz c/Mitnik, Bernardo y otros", Impuestos, 1998-A, 1263

Artículo 21.- La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta Sección."

Asimismo debemos valorar que parte de la doctrina distingue dentro de las llamadas "sociedades incluidas" a las sociedades que no se sujeten a algunos de los tipos del Capítulo II o tuvieran elementos incompatibles con el tipo (atípicas); las que no cumplieran con las formalidades de la ley (informales); las que omitieran requisitos esenciales no tipificantes (anómalas), y a toda otra persona jurídica que no encuentren una ubicación y regulación específica bajo otras normas (simples o residuales) (DUPRAT y MARCOS 2005).

Por lo tanto, en razón del carácter residual⁴ de esta reciente categoría, las sociedades cuyo tratamiento recae en los art 21 a 26 de la Ley General de Sociedades, abarcan una serie de supuestos que, en consonancia con una postura amplia de clasificación y a los fines académicos mencionaremos a continuación:

1.-) las sociedades constituidas conforme alguno de los tipos autorizados por la Ley General de Sociedades pero que no hayan cumplimentado el requisito de publicidad, es decir su inscripción en el Registro Público; (antes irregulares)

No está de más aclarar que en la ley 19.550 reformada se omite toda referencia al concepto de "irregularidad" y la nueva normativa omite imponer sanciones por esta causa, ya sea a la sociedad, a los socios, a los administradores o a quienes actúen por la sociedad. En sentido estricto se trata de las llamadas "sociedades informales".

2.-) las sociedades de hecho, sin importar su objeto

Esto es así desde el momento que desaparece el "objeto comercial" que servía para diferenciar entre sí a las sociedades de hecho civiles y las sociedades de hecho comerciales. A partir del tratamiento unificado y atento a que carecen de la formalidad instrumental escrita requerida en el artículo 4 LGS se las incluye en esta categoría de sociedades informales (RODRIGUEZ ACQUARONE Y NISSEN 2014).

Adherimos a la postura que reconoce la posibilidad de existencia de sociedades de hecho como sociedades informales aún después de esta reforma ya que la realidad societaria nos muestra que la gran mayoría de los emprendimientos se desenvuelve desde la informalidad que plantea la falta de instrumentación societaria. Ya que si bien la característica distintiva de las sociedades de hecho era la carencia de formalidad instrumental escrita esto no quiere decir que no exista contrato social implícito. Por algo la doctrina la venía reconociendo como "*una sociedad cuya existencia no requiere de documento ni instrumento alguno y en la que los socios han prestado su consentimiento en forma verbal o a través de cualquiera de los modos por los cuales puede expresarse su voluntad —incluyendo acciones de hecho— para realizar bajo el régimen de sociedad una determinada actividad comercial participando en los beneficios y soportando las pérdidas*" (CURA 1988:

⁴ Se aplica a otras personas jurídicas que no encuentren una ubicación y regulación específica bajo otras normas

453)⁵.

El Dr. Vitolo concluye que la nueva normativa desalienta la existencia de la anteriormente denominada "sociedad de hecho", ya que privilegia la existencia de contrato escrito para la existencia de sociedad. Además al contemplar un régimen de oponibilidad del contrato se presupone que el mismo existe y ha sido redactado. Es decir que se sustituye una de las características distintivas de la sociedad de hecho que es la falta de contrato escrito.(VITOLO 2012a)⁶

En su opinión el análisis de la normativa proyectada deja entrever una implícita voluntad orientada a desalentar la constitución de sociedades que carezcan de las formalidades requeridas por la ley, coincidentemente con el propósito del legislador en oportunidad de la sanción de la ley 19.550, impulsando la constitución de sociedades de conformidad con los tipos regulares consagrados normativamente y su debida inscripción por ante la autoridad de contralor.

O sea que el planteo anterior sugiere que se sustituye una de las características distintivas de la actual sociedad de hecho. Se propone que el contrato social sea oponible entre los socios, lo cual permite superar una dificultad vigente, que es la de poder discutir entre los socios las cuestiones derivadas de su relación social. Las previsiones contenidas en el contrato serán válidas entre ellos, y los reclamos individuales o recíprocos que puedan efectuarse, incluso las acciones de responsabilidad serán perfectamente viables con esta solución (art. 22 LGS) (ROITMAN y OTROS 2014).

3.-) las sociedades que omitan requisitos esenciales TIPIFICANTES O no tipificantes;

El nuevo artículo 1 de la LGS ha relativizado en forma absoluta el requisito de pluralidad de personas, requerimiento que **en la antigua redacción era tomado como esencial y tipificante** para la constitución de sociedad.

3.a) Cabe en esta instancia analizar si es posible la existencia de la sociedad informal unipersonal.

Para Molina Sandoval, el ordenamiento societario admite la unipersonalidad en las que él llama sociedades innominadas (simples o residuales), pues de otro modo no hubiera establecido un régimen como el previsto en los arts. 21 y ss., LGS⁷.

Sin embargo, podemos diferenciar por lo menos dos situaciones al respecto.

3.a.i) El caso de la unipersonalidad sobrevenida. De la interpretación armónica del art 94 bis de la LGS y la Resolución General de la Inspección General de Justicia Nro. 7/15 concluimos que:

- *"Si se trata de sociedad en comandita simple, por acciones o de capital e industria, al convertirse en unipersonal se transforman automáticamente en Sociedad Anónima Unipersonal (S.A.U.), si no deciden otra cosa en los tres meses (art. 94*

⁵ CURÁ, J. M., "De la sociedad de hecho y la prueba de su existencia", nota a fallo, en LL, 1988-E-453, entre otros.

⁶"Nada dice el Proyecto de estas sociedades, y ello es porque ha decidido directamente ignorarlas, manteniendo el requisito del contrato escrito para que exista sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4° de la ley 19.550, el cual establece que el contrato por el que se constituya o modifique una sociedad, se otorgará por instrumento público o privado".

⁷ MOLINA SANDOVAL, C. A. (2014) "Sociedades anónimas unipersonales", Buenos Aires, La Ley 2014-F, 1-3.

bis)."

En adición a lo anterior es dable aclarar que, por lo que se infiere de la reglamentación de la Inspección General de Justicia, este supuesto requiere igualmente iniciar el procedimiento de transformación y cumplir con todas sus decisiones y trámites administrativos (art. 202)⁸.

En un trabajo inédito a la fecha de entrega del presente, ahonda el Dr. Favier Dubois sosteniendo que: "Por su parte, respecto de las colectivas, S.R.L. y S.A. reducidas a un socio y sin reconstruir la pluralidad en tres meses, les da la opción de resolver la transformación en S.A.U. o de disolverse, sin admitir la continuación con un solo socio (art. 203)".⁹ "Todo ello implica limitar la unipersonalidad al

⁸ Texto de la Resolución General 7/15 de la Inspección General de Justicia-Transformación de pleno derecho (art. 94 bis, Ley 19.550)

Artículo 202 – La transformación de pleno derecho en sociedades anónimas unipersonales de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria establecida por el art. 94 bis de la Ley 19.550, luego de vencido el plazo de tres meses sin recomponerse la pluralidad de socios, no obstante los efectos de pleno derecho asignado por la ley citada, requerirá iniciar el procedimiento de transformación ante este organismo. A tal fin deberá presentarse:

1. Primer testimonio de la escritura pública de constitución conteniendo:

- a) La transcripción del acta de asamblea –con su registro de asistencia en el caso de sociedad en comandita por acciones– de donde resulte la resolución social aprobatoria de la transformación.
- b) El estatuto o contrato del nuevo tipo societario adoptado; debiendo constar el nexo de continuidad jurídica entre la razón o denominación social anterior a la transformación y la resultante de ésta, de modo que resulte indubitable que se trata de la misma sociedad.
- c) Los nombres y demás datos personales previstos en el art. 11, inc. 1, de la Ley 19.550, del socio único y los miembros de los órganos de administración y fiscalización.
- d) La constancia, respecto de los administradores, de la vigencia o constitución, según el caso, de la garantía requerida en el art. 76 de estas normas, con mención de la fecha, monto y modalidad e individualización del documento del cual ello surja y del garante en su caso, salvo que, con esos mismos alcances, ello resulte del dictamen de precalificación.
- e) El cumplimiento del art. 470 del Código Civil y Comercial de la Nación, en su caso.

2. Balance especial de transformación –con copias de tamaño normal y dos copias protocolares ("margen ancho") –, firmado por el representante legal, con informe de auditoría conteniendo opinión. En dicho balance debe constar el detalle de la cuenta de integración del capital social en el capítulo "Patrimonio neto". Para la medición de los bienes incluidos en el balance de transformación, se aplicarán las normas contables aplicables a balances de ejercicio.

3. Certificación de contador público, que debe contener indicación de los libros rubricados y folios donde se hallare transcripto el balance de transformación.

4. Inventario resumido de los rubros del balance especial de transformación certificado por contador público e informe de dicho profesional sobre el origen y contenido de cada rubro principal, el criterio de valuación aplicado y la justificación de la misma. No es necesario cumplir con lo requerido en este inciso si el balance especial de transformación cumple con las normas de exposición aplicables a los estados contables de ejercicio.

5. Constancia original de las siguientes publicaciones:

- a) La prescripta por el art. 77, inc. 4, de la Ley 19.550.
- b) La requerida por el art. 10 de la misma ley.

Falta de legajo:

Si en la Inspección General de Justicia no existiere legajo de la sociedad que se transforma, además de cumplirse los recaudos de los incisos anteriores, deberá acompañarse copia certificada notarialmente de su acto constitutivo y modificaciones, con constancia de su inscripción en el Registro Público que corresponda.

⁹ Texto de la Resolución General 7/15 de la Inspección General de Justicia-Transformación voluntaria. Disolución

Artículo 203 – En los restantes tipos sociales plurilaterales no mencionados por el art. 94 bis de la Ley 19.550 en que opere la reducción a uno del número de socios, en caso de no recomponerse la pluralidad de socios dentro del plazo establecido por el mismo art., deberá resolverse:

- a) Su transformación voluntaria como sociedad anónima unipersonal, debiendo cumplirse con los mismos recaudos establecidos en el artículo anterior, excepto que se trate de una sociedad anónima en cuyo caso sólo procederá la reforma de sus estatutos en lo que corresponda adecuar y, en su caso, la correspondiente designación de administradores y órgano de fiscalización plural, aplicándose a tal efecto lo requerido por estas normas en cada

caso de las 'S.A.U' y rechazar cualquier otra sociedad en dicha situación". (FAVIER DUBOIS 2015: 11). Nada dice la reglamentación acerca de la aplicación de la Sección IV para el supuesto de unipersonalidad sobreviniente de las S.R.L, sociedades colectivas y S.A., por lo que podemos inferir que no será posible la continuación de dichos tipos societarios de forma unipersonal bajo la forma de sociedad informal unipersonal, dado que la consecuencia será la disolución.

3.a.ii) Referido a este tema es interesante citar el caso de la S.A.U. que debidamente constituida ha cumplido con todos los requisitos legales formales –inclusive la pertinente publicación registral- pero adolece de uno de los requisitos específicos del tipo societario, a modo de ejemplo podría carecer de directorio plural –obviamente cuestión que se dará de manera sobreviniente de lo contrario no habría llegado a esta condición- Coincidimos con la corriente que considera que la sociedad no se atípica, ya que no considera que el directorio plural sea tipificante sino un requisito de funcionamiento esencial. Consecuentemente la autoridad de contralor podrá imponer sanciones hasta tanto no se recomponga el órgano de administración pero no caerá su tratamiento bajo la Sección IV (RICHARD 2015).

Se podría decir entonces que únicamente las S.A.U. que no hayan cumplimentado todos los requisitos formales tales como la debida publicidad ante el Registro y que sea unipersonal de manera originaria será la única forma de sociedad informal unipersonal tolerada.

3.a.iii) Es indispensable destacar que el elemento tipificante y esencial de organización debe estar presente en las sociedades de la Sección IV, porque sin cierta estructura empresaria entendida como abocada a un objeto de organización de factores orientada a la producción e intercambio de bienes y servicios se estará a un contrato asociativo pero no a una sociedad en sentido estricto.

En nuestra opinión en el caso de requisitos no tipificantes fácilmente subsanables, tales como datos personales de los socios sería excesivo considerarla sociedad informal, sobre todo si ha cumplido con los tipificantes y los demás esenciales.

3.b) o la inclusión de elementos incompatibles con el tipo social. por ejemplo una sociedad en comandita que carezca de socios que respondan de manera ilimitada será tratada como sociedad incluida de la Sección IV.

4.-) **la sociedad atípica (antes considerada nula por el art 17)**; como sería el caso de aquella que incluya elementos de libre creación del constituyente, innovando sobre los tipos legales contemplados por la Ley General de Sociedades.

supuesto; o

b) su disolución y nombramiento de liquidador, aplicándose a tal efecto lo requerido por estas normas.

Sin embargo no están comprendidas en este supuesto de atipicidad.

4.i) Las sociedades constituidas en el extranjero que sean de tipo desconocido en la República Argentina. Estas deberán cumplir con su inscripción en los términos del art. 119 de la Ley N° 19.550.

Este artículo 119 de la ley LGS no ha sido modificado por la reforma que nos ocupa. Se mantiene el requisito de inscripción en el Registro Público y no se modifica la normativa aplicable; ya en el régimen anterior se le imponían las reglas de la Sociedad Anónima –en tanto se trataba del tipo de mayor rigurosidad¹⁰-. El cambio se verifica a partir del art. 216 de la Resolución General 7/15 anteriormente mencionada, que ha venido a imponer algunas particularidades en razón de que se trata de una sociedad constituida en el extranjero. Entre ellas, se cuenta con la exigencia de que dicha sociedad denuncie expresamente el régimen de responsabilidad aplicable a los socios.¹¹ Por lo que se le da expreso reconocimiento al contrato social de origen, el que se hará valer previa publicación por ante el organismo de contralor que corresponda.

Además sociedades constituidas en el extranjero podrían hacer uso de la estructura de la Sociedad Anónima Unipersonal para la instalación de sucursales y evitar el riesgo de agencia.

5) la anteriormente denominada sociedad civil siempre y cuando su objeto sea empresario. En consonancia expresa el Doctor Favier Dubois: *"Al haber desaparecido el régimen de las sociedades civiles de los arts. 1648 y siguientes del derogado código civil (ley 340), que no exigía, para que exista sociedad, la 'forma organizada', ni la aplicación de los aportes a 'la producción e intercambio de bienes y servicios', resulta que en el concepto legal actual de la 'sociedad' resulta imprescindible el 'objeto empresario', o sea la existencia de una organización para la producción e intercambio de bienes y servicios."* (FAVIER DUBOIS 2014a:22)

6) La ley 26.994 no se refiere a qué ocurrirá con las sociedades no constituidas regularmente existentes con anterioridad a su entrada en vigencia; en nuestro país existe un gran número de estas sociedades y tienen una incidencia significativa en la economía; por eso creemos que en

En caso de incumplimiento a lo dispuesto en el presente, se considerará a la sociedad bajo el régimen de responsabilidad establecido para las sociedades de la Sección IV del Cap. I de la Ley 19.550.

¹⁰ Art. 119 de la LGS. — El artículo 118 se aplicará a la sociedad constituida en otro Estado bajo un tipo desconocido por las leyes de la República. Corresponde al Juez de la inscripción determinar las formalidades a cumplirse en cada caso, con sujeción al criterio del máximo rigor previsto en la presente ley.

¹¹ Texto de la Resolución General 7/15 de la Inspección General de Justicia

Sociedad de tipo desconocido

Artículo 216 – Los requisitos establecidos en los artículos anteriores se aplican a las sociedades comprendidas en el art. 119 de la Ley 19.550. Asimismo:

1. Debe explicitarse el alcance de la responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales que se contraigan por la actuación del asiento, sucursal o representación permanente, en el dictamen de precalificación profesional, dictamen de abogado o notario de la jurisdicción extranjera correspondiente con certificación de vigencia de su matrícula o registro, salvo que tal extremo resulte claramente de la documentación acompañada en cumplimiento de los incs. 2 y 3 del art. 206, o de documento separado suscripto por funcionario de la sociedad cuyas facultades representativas deben constar en él justificadas ante notario o funcionario público.

2. La publicación prescripta por el inc. 5 del citado art. 206 debe indicar que la sociedad es atípica para el derecho argentino y cuál es el aludido régimen de responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales.

consonancia con la postura que considera a la sociedad informal como un tipo residual, entendemos deben también incluirse en el régimen de las sociedades informales ya que se tratará de una realidad que no contempló la nueva ley específicamente pero sería poco atinado pensar que desaparecerán de pleno derecho sino que se asimilarán a las nuevas sociedades informales.

Es por eso que autores como Duprat y Marcos en su artículo "*Sociedades anómalas, informales, atípicas, simples o residuales*", reconocen que las anteriormente denominadas "sociedades no constituidas regularmente" "continúan su existencia sin necesidad de realizar ningún acto específico para reacomodarse someterse a aquél"¹² pero distinguen dos situaciones. El nuevo régimen no se aplicará a las obligaciones nacidas al amparo de la anterior normativa, es decir a aquellas situaciones que ya hayan sido perfeccionadas y se mantiene la responsabilidad solidaria, ilimitada y directa de los socios¹³ (KEMELMAJER DE CARLUCCI 2015: 178) ; por ende tampoco podrán invocar el contrato social frente a terceros en operaciones concluidas antes del 1 de agosto de 2015. Distinta es la situación de los que consideran "procesos de regularización en marcha, o de disolución, por tratarse de consecuencias de situaciones y relaciones existentes, pero no cumplidas totalmente". A los tramos cumplidos se les aplicará la ley vigente en el momento de su cumplimiento. Los no cumplidos deberán adaptarse al nuevo régimen.

III. Régimen aplicable

El contrato

La nueva legislación atenúa la función del Registro Público en cuanto a sus efectos y en consonancia con el art 157 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que: -Las modificaciones no inscriptas producen efectos desde su otorgamiento y son oponibles a los terceros que las conocieron efectivamente. Esto abre la posibilidad a los socios de poder discutir entre ellos las cuestiones derivadas de su relación social. Las previsiones contenidas en el contrato serán válidas entre ellos, y los reclamos individuales o recíprocos que puedan efectuarse, incluso las acciones de responsabilidad serán perfectamente viables con esta solución (art. 22 de la LGS) las conozcan (art. 157 citado supra).

Se declara la oponibilidad del contrato entre socios y para con los terceros que tengan conocimiento efectivo al momento de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria aún sin la publicación e inscripción registral de dicho contrato.

Esto quiere decir que el principio de oponibilidad deja de tener el eje en la previa inscripción en el Registro Público sino que la validez y oponibilidad del contrato se fundamenta en el conocimiento que el

¹³ La autora sostiene: "El CCyC ha modificado el sistema de responsabilidad de los socios. De la responsabilidad solidaria prevista en la ley de sociedades (art. 23) se ha pasado a una responsabilidad mancomunada (art. 24). La nueva ley no se aplica a las obligaciones contraídas con anterioridad por dos razones: (i) La solidaridad o mancomunidad es supletoria; las partes pudieron pactar una u otra y, como se vio, las nuevas leyes supletorias no se aplican a las relaciones existentes ni a sus consecuencias. (ii) La solidaridad o mancomunidad integra la relación jurídica; no se trata de una mera consecuencia; por lo tanto, las obligaciones que nacieron como solidarias bajo la ley

socio y/o el tercero tuvo acceso.

Quiere decir que los socios van a poder discutir entre ellos las cuestiones derivadas de su relación social. Las previsiones contenidas en el contrato serán plenamente válidas entre ellos, y los reclamos individuales o recíprocos que puedan efectuarse, incluso las acciones de responsabilidad serán perfectamente viables con esta solución

La responsabilidad de los socios

Las modificaciones sustanciales en cuanto al régimen aplicable a las sociedades informales recaen en que a tenor de la nueva normativa la responsabilidad de los socios ha dejado de ser ilimitada y solidaria. La regla general indica que los socios responden de manera mancomunada y por partes iguales, salvo expresa convención particular que habilite la excepción. Ya sea que se pacte una proporción diferente de responsabilidad para cada socio o que se pacte la solidaridad expresa.

La responsabilidad de los socios no es directa, sino que cuentan con el beneficio de excusión –a diferencia de lo estatuido por la anterior normativa que les negaba esta prerrogativa. La conclusión está apoyada por el art 56 de la LGS¹⁴ y por determinación del art 143 del Código Civil y Comercial de la Nación que debe interpretarse conjuntamente con el orden de prelación definido por el art 150 del mismo texto. (PERCIAVALLE 2015)

No será en vano aclarar que, el cambio legal producido respecto de la validez del contrato social, le otorga a éste plena oponibilidad frente a socios y terceros aun sin la publicación respectiva –siempre y cuando tuvieran conocimiento-; por lo tanto en el régimen de responsabilidad previamente pactado en el instrumento constitutivo primarán las reglas comunes del tipo, -respecto del cual no se cumplieron los requisitos (ej. publicidad)-, por sobre lo establecido a través de la vía legal (la ley específica como regla general que los socios responden por el pasivo social según las reglas de la responsabilidad social mancomunada y por partes iguales). Esto es, si la sociedad pactó en el instrumento constitutivo adecuarse a las reglas de una sociedad de responsabilidad limitada, aún cuando se dieran los extremos para que sea considerada en la situación de sociedad informal –por ejemplo por tratarse de una SRL con 51 socios-, se estará a la responsabilidad solidaria típica de la sociedad de responsabilidad limitada –o sea solidaria- y no mancomunada de la sociedad informal.

Representación, administración y gobierno

El contrato es invocable entre los socios, por lo que se podrán redactar cláusulas referidas al funcionamiento de los órganos de representación, administración y gobierno. Ante los terceros cualquier socio representa y obliga a la sociedad previa exhibición del contrato.

anterior no se convierten en mancomunadas por la entrada en vigencia de una ley que las individualiza como meramente mancomunadas."

¹⁴ Art 56 de la ley LGS: La sentencia que se pronuncie contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios en relación a su responsabilidad social y puede ser ejecutada contra ellos, previa excusión de los bienes sociales, según corresponda de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate.

Los administradores están obligados a actuar con diligencia y buena fe y creemos que pueden ser sujetos pasivos de la acción de remoción y en consecuencia responder por daños y perjuicios derivados del mal desempeño de la función.

En cuanto al órgano de gobierno se pueden prever cláusulas contractuales para su organización y es aplicable el art 251 de la LGS de impugnación de resoluciones sociales. (PERCIAVALLE 2015).

Relación con los acreedores de los socios y los de la sociedad

En cuanto a las relaciones entre los acreedores sociales y los particulares de los socios, aun en caso de quiebra, se juzgan como si se tratara de una sociedad regular típica (las del Capítulo II) incluso respecto de bienes registrables (VITOLLO 2012b), incluso con respecto a los bienes registrables (art. 26 LGS). Esto anterior con la salvedad que, el hecho de haberse establecido la responsabilidad "mancomunada" en las sociedades de la Sección IV, tiene como consecuencia que no habrá extensión de quiebra al socio en caso de insolvencia social (art. 24 LGS) (FAVIER DUBOIS 2014b: 26).

El nuevo marco normativo les reconoce aptitud para ser titulares de bienes registrables previa inscripción y acreditación en los Registros correspondientes, mediante acto de reconocimiento de los socios, delimitando la proporción que detentan cada uno y denunciando las facultades de su representante. En caso de ser necesario constituir gravamen o enajenación del bien, será la sociedad quien intervenga como parte en el contrato que corresponda y no los socios a título personal.

Concluimos pues, que los acreedores particulares del socio quedan impedidos de atacar los bienes sociales en cuanto al crédito que representen los bienes registrados a nombre de la sociedad, en consonancia con el reconocimiento legal de la sociedad informal para ser titular de bienes registrables y a la validez de la sociedad respecto de estos acreedores. Asimismo los acreedores sociales claramente podrán percibir sus acreencias ejecutando los mismos, en tanto se traten de bienes aportados a la sociedad y que integren su capital.

IV. Subsanación de sociedades incluidas de la Sección IV

El artículo 22 derogado tenía previsto un mecanismo para regularizar a las "sociedades no constituidas regularmente" que consistía –a grandes rasgos- en que cualquiera de los socios podía petitionar la inscripción pendiente ante el Registro Público o la adopción de un tipo social por parte de la sociedad. La mayoría resolvería sobre su conveniencia o en su defecto se procedería a la disolución y liquidación de la sociedad.

La normativa actual omite referirse al concepto de regularidad o irregularidad societaria e instaura un procedimiento de subsanación que brega por la continuación de la empresa organizada bajo la forma de sociedad aún a pesar de la ocurrencia de eventos que en el anterior régimen habrían acarreado nulidad, disolución o liquidación societaria.

Coincidimos en que las innovaciones han sido elaboradas en función del principio de

conservación y continuación de la empresa y en consecuencia "El marco conceptual que la inspira en materia societaria parece brindar un régimen más flexible y dinámico, en pos de favorecer la constitución de personas jurídicas con el fin de realizar emprendimientos comerciales, aunque con límites que apuntan a evitar ficciones y establecer las consecuentes responsabilidades individuales ante el apartamiento del régimen".(BARBIERI 2015)

El art. 25 de la LGS dispone que estas sociedades pueden subsanarse a pedido de los socios o de la misma sociedad "*conforme a las reglas de organicismo interno oponible entre los socios*" (CESARETTI y CESARETTI 2013: 52), resolución que se tomará por unanimidad. A falta de acuerdo de los socios está prevista la posibilidad de solicitar la intervención de un juez a los efectos de que éste ordene la subsanación, siempre y cuando no se imponga mayor responsabilidad a los socios que no la consientan. En consonancia con lo anterior, el socio disconforme puede ejercer el derecho de receso¹⁵ lo que producirá los efectos de una resolución parcial (RICHARD 2015) con el correspondiente pago de la parte saliente.

La Resolución General de la Inspección General de Justicia Nro 7/15 en su artículo 184¹⁶ agrega

¹⁵Subsanación.

Artículo 25 de LGS.- En el caso de sociedades incluidas en esta Sección, la omisión de requisitos esenciales, tipificantes o no tipificantes, la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido o la omisión de cumplimiento de requisitos formales, pueden subsanarse a iniciativa de la sociedad o de los socios en cualquier tiempo durante el plazo de la duración previsto en el contrato. A falta de acuerdo unánime de los socios, la subsanación puede ser ordenada judicialmente en procedimiento sumarísimo. En caso necesario, el juez puede suplir la falta de acuerdo, sin imponer mayor responsabilidad a los socios que no lo consientan.

El socio disconforme podrá ejercer el derecho de receso dentro de los DIEZ (10) días de quedar firme la decisión judicial, en los términos del artículo 92.

¹⁶ Texto de la Resolución General 7/15 de la Inspección General de Justicia-

Sección Cuarta – Subsanación. Requisitos

Artículo 184 – La inscripción de la subsanación de una sociedad incluida en la Sección IV del Cap. I de la Ley 19.550 (art. 25, Ley 19.550), requiere la presentación de:

1. Primer testimonio de la escritura pública o el instrumento privado original del acuerdo de subsanación aprobado conforme el art. 25 de la Ley 19.550. Si la subsanación se formaliza en escritura pública, ésta debe otorgarse por el representante legal designado en el acuerdo o bien por los socios que votaron favorablemente y los que, no habiéndolo hecho, hayan optado por continuar en la sociedad subsanada judicialmente; si se extiende en instrumento privado, éste debe suscribirse por la totalidad de los socios. El documento debe contener:

- a) La transcripción de la asamblea o reunión de socios en que se aprobó la subsanación, el contrato o estatuto y el balance de subsanación.
- b) El texto del contrato o estatuto correspondientes al tipo social adoptado; juntamente con la denominación o razón social, deberá hacerse mención a la identidad y continuidad jurídica existentes entre la sociedad no constituida regularmente y la que, en virtud de la regularización, adopta uno de los tipos previstos por la Ley 19.550, debiendo resultar indubitable que se trata de la misma sociedad.
- c) Los nombres y demás datos personales previstos en el art. 11, inc. 1, de la Ley 19.550, de los socios y los miembros de los órganos de administración y fiscalización del tipo adoptado, indicándose además respecto de los socios la cantidad y en su caso demás características de las acciones, cuotas o participaciones sociales que les correspondan.
- d) La constancia, respecto de los administradores, cuando corresponda por el tipo adoptado, del cumplimiento de la constitución de la garantía requerida en el art. 76 de estas normas, con mención de la fecha, monto y modalidad e individualización del documento del cual ello surja y del garante en su caso, salvo que, con esos mismos alcances, ello resulte del dictamen de precalificación.
- e) La individualización de los socios que votaron en contra de la subsanación y ejercieron el derecho de receso, con mención del capital que representan o, en su defecto, la manifestación de que los mismos optaron por continuar en la sociedad subsanada judicialmente.
- f) El cumplimiento de lo dispuesto por el art. 470 del Código Civil y Comercial de la Nación.

que el concepto de subsanación parte de la base de que al subsanar se está "adoptando un tipo social", esto es para el caso de las sociedades no constituidas conforme a un tipo previsto, que omiten requisitos esenciales o que incumplen formalidades, las que pueden subsanar dicha situación conforme con el art. 25 LGS. (FAVIER DUBOIS 2015)

En cambio, si la sociedad ya tenía un tipo social elegido en su contrato, parecen aplicables las reglas de la transformación, según se señala en el art. 173.¹⁷

Finalmente, otra forma de subsanación puede derivar de participar en un proceso de reorganización en tanto la reglamentación mencionada admite expresamente la participación de una sociedad informal en un procedimiento de fusión (art. 178)¹⁸.

Con respecto a la situación de las sociedades civiles existentes o previas a la entrada en vigencia de la reforma aludida, la Inspección General de Justicia. Parece estar por la ubicación en la Sección IV ya que prevé, "según corresponda", tanto la transformación como la subsanación de una sociedad civil adoptando uno de los tipos de la ley general de sociedades (art. 185)¹⁹.

V. Conclusión

La reciente reforma trae aparejada algunos cambios trascendentes para la vida societaria. En primer lugar, en razón de la unificación de tratamiento para las sociedades no se concibe una sociedad sin

2. Balance de subsanación cerrado a una fecha de antelación no mayor a un mes de la de la reunión en que se haya aprobado la misma. Debe presentarse con copias de tamaño normal y protocolar ("margen ancho"), firmado por todos los socios que continúen en la sociedad.

3. Inventario resumido de los rubros del balance de subsanación certificado por contador público e informe de dicho profesional sobre contenido de cada rubro principal, el criterio de valuación aplicado y la justificación de la misma.

4. Constancia original de la publicación prescripta por el art. 10, inc. a), de la Ley 19.550, si correspondiere **por el tipo social adoptado**, dejándose en ella constancia de la subsanación y el nexo de continuidad social.

5. Formulario de registro preventivo de la denominación social adoptada, si se lo hubiere efectuado y la reserva se hallare vigente.

Oportunidad de la solicitud de inscripción:

La solicitud de inscripción debe presentarse dentro del plazo de duración establecido en el contrato, si lo hubiere.

¹⁷ Texto de la Resolución General 7/15 de la Inspección General de Justicia- CAPITULO V - Reorganizaciones societarias

Sección Primera – Transformación

Sociedades de la Sección IV del Cap. I de la Ley 19.550

Artículo 173 – Las disposiciones de esta sección son de aplicación analógica, en lo pertinente, a la adopción de uno de los tipos regulados por la Ley 19.550 por parte de una sociedad de la Sección IV del Cap. I de la Ley 19.550, requiriéndose el acuerdo unánime de sus socios, salvo que el contrato prevea expresamente que podrá decidirse por mayoría.

¹⁸ Sociedades de la Sección IV del Cap. I de la Ley 19.550

Artículo 178 – Las disposiciones de esta Sección son de aplicación analógica, en lo pertinente, a la fusión en la que participen como fusionantes sociedades de la Sección IV del Cap. I de la Ley 19.550 entre sí o con sociedades del Cap. II de la misma ley para constituir una sociedad, o en la que una o más de dichas sociedades sean incorporadas por la totalidad de su patrimonio por una sociedad, requiriéndose el acuerdo unánime de sus socios, salvo que el contrato prevea expresamente que podrá decidirse por mayoría.

¹⁹ **Subsanación o transformación de sociedad civil**

Artículo 185 – Es admisible la subsanación o transformación de una sociedad civil constituida bajo la vigencia del anterior Código Civil (aprobado por Ley 340), mediante la adopción de uno de los tipos regulados por el Cap. II de la Ley 19.550 debiendo cumplirse con lo establecido en la Sección Primera o Sección Cuarta del presente capítulo, respectivamente y según corresponda.

empresa y en segundo lugar la incorporación de la Sociedad Anónima Unipersonal ofrece la posibilidad de establecer unidades de negocios con patrimonios y personalidad jurídica diferenciada.

Sin embargo, la nueva figura de la Sociedad Anónima Unipersonal no atiende a la problemática de la limitación de la responsabilidad del empresario individual, quien quizás por una cuestión de altos costos o por la sofisticación del tipo societario no adopte esta opción societaria para encauzar su actividad empresaria. Recordemos que este empresario individual deberá cumplir con los siguientes requisitos a los fines de su constitución: acreditar la integración del 100% del aporte al momento de la constitución (art.187 LGS), estar sujeta a fiscalización estatal permanente (art. 299 inc.7º LGS), sindicatura plural (art.284, segundo párrafo, LGS) y directorio plural en forma obligatoria (art.255, segundo párrafo, LGS) (VITOLLO 2012c).

Quizás las sociedades de la Sección IV de la LGS también llamadas informales vengan a contrarrestar esta realidad, otorgándole a los empresarios un vehículo para realizar sus actividades de forma organizada en función de la buena fe y la transparencia, principios que han sido receptados –entre otras cuestiones- a través de la normas que reconocen la plena oponibilidad del contrato social frente a los socios y a los terceros.

VI. Bibliografía

- BALBIN, S., (2015) "*Persona jurídica. Modificaciones a la ley general de sociedades*", en *Suplemento Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, III, Nro. 2.
- BARBIERI, P., (2015) "*Apuntes sobre la reforma al régimen societario por el Código Civil y Comercial: más allá de las sociedades unipersonales*", publicado online en www.infojus.gov.ar cita DACF150700.
- CESARETTI, M y CESARETTI, O., (2013) "*La subsanación de las sociedades informales*", en *Revista del Notariado*, C.A.B.A., Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2013, 911: 54
- DUPRAT, D. A.J y MARCOS, G. A. (2015) "*Sociedades anómalas, informales, atípicas, simples o residuales*" publicado online en www.laleyonline.com.ar cita AR/DOC/1779/2015
- FAVIER DUBOIS, E. M., (2014a) "*Panorama del Derecho Comercial en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*" Buenos Aires, Errepar, 2015, Nro. 237: 25.
- FAVIER DUBOIS, E.M, (2014b) "*Autonomía y contenido del Derecho Comercial en el nuevo Código*" publicado online www.favierduboisspagnolo.com, 2014, 26.
- FAVIER DUBOIS, E. M (2015), "*La Resolución 7/15 de la Inspección General de Justicia: Reglamentación parcial del Código Unificado y definiciones*", inédito a la fecha de envío (remitido a Errepar 18-8-2015 a los fines de publicación) 11.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A, (2015) "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas en curso de ejecución", Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Ed, 2015: 178.
- MOLINA SANDOVAL, C. A. (2014) "*Sociedades anónimas unipersonales*", Buenos Aires, La Ley 2014-F, 1-3.

- NISSEN, R A., (1989) "*Sociedades irregulares y de hecho*", Buenos Aires, Hammurabi, 2° ed., 2001, 20-21.
- PERCIAVALLE, M. (2015), "*Ley General de Sociedades Comentada*" Buenos Aires, Erreius, 2015
- RICHARD, S., (2015) "*La sociedad simple en la Ley General de Sociedades*", en *Estudios de Derecho Empresario*, Córdoba, Departamento de Coordinación Docente de Derecho Comercial y de la Navegación Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba – Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Universidad Nacional de Córdoba, 2015, Volumen Especial.
- RODRIGUEZ ACQUARONE, P. y NISSEN, R. (2014), "*Las reformas al derecho comercial en el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*", Buenos Aires, Legis, 2014.
- VITOLO, D. R., (2012a) "*Las sociedades civiles, irregulares y de hecho en el proyecto de Código*", en *Revista Jurídica*, Buenos Aires, La Ley 6-8-2012.
- VITOLO, D. R., (2012b) "*Las reformas a la ley 19550 de sociedades comerciales*", Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012.
- VITOLO, D.R., (2012C) "*La errónea regulación de las sociedades unipersonales en la reforma a la ley de sociedades propuesta en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*" Buenos Aires, Legis, 2012: 287

REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Por Adriana Porcelli

Recibido: 11.08.2015

Aceptado: 11.09.2015

RESUMEN

El Código Civil y Comercial de la Nación, incorporó, en el Título IV del Libro Sexto, disposiciones específicas de Derecho Internacional Privado respondiendo a la necesidad de una regulación general y autónoma, aunque incompleta, de esta disciplina jurídica. Específicamente en materia de contratación internacional, frente a la internacionalización de las relaciones jurídicas, las nuevas tecnologías y el rol de los contratos como instrumentos idóneos en los negocios jurídicos internacionales, este Código adoptó normas sobre contratos internacionales, sin tal calificativo, en coordinación con los sistemas de otros Estados y de las Convenciones Internacionales en la materia. El objeto del presente trabajo es analizar la normativa contractual internacional en el Código Civil y Comercial, la jerarquía de fuentes, la recepción de la autonomía de la voluntad, tanto en materia jurisdiccional como de derecho aplicable, para concluir con la determinación del juez competente y del derecho aplicable en defecto de elección por las partes.

PALABRAS CLAVES

Código Civil y Comercial de la Nación – Derecho Internacional Privado – Contratos Internacionales – Autonomía de la Voluntad – Jurisdicción Competente – Legislación Aplicable

LEGAL DEVELOPMENTS OF INTERNATIONAL CONTRACTS IN CIVIL AND COMMERCIAL CODE OF THE NATION

By **Adriana Porcelli**

ABSTRACT

The Civil and Commercial Code of the Nation, incorporated in the Title IV of the Sixth Book, specifies private international law provisions in responding to a need for a general and autonomous regulation, although incomplete, of this legal discipline. Specifically in the field of international contracting, forehead to the internationalization of legal relations, new technologies and the role of the contracts as appropriate instruments in the international legal business, this Code adopted rules on international contracts, without such qualifier, in coordination with the systems of the other States and of the international conventions. The object of the present work is to analyze the international contract law in the Civil and Commercial Code, the hierarchy of sources, the reception of the party autonomy, both in terms of jurisdiction as of applicable law, to conclude with the determination of the competent judge and the applicable law in the absence of choice by the parts.

KEY WORDS

Civil and Commercial Code of the Nation – Private international Law - International Contracts – Party
Autonomy – Jurisdictional Competence – Applicable Law

REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Por **Adriana Porcelli***

1. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación es un cuerpo normativo pluricultural que recepta la realidad actual de Argentina. Por un lado, un país Latinoamericano, abierto a todas las personas del mundo, plasmado en el Preámbulo y en el artículo 20 de la Constitución Nacional, como factor de integración del conjunto de los microsistemas del derecho privado que no existen en el aislamiento, en el vacío, sin interrelación alguna. Y por el otro, un país inserto en un contexto mundial de integración, globalización y de negocios internacionales entre diferentes países con diversas culturas y modalidades de comercialización, en un mundo hiperconectado, con predominio de las tecnologías de la información y comunicación TICs, que producen un intercambio frecuente, simultáneo y ubicuo entre las regiones más alejadas del planeta. Realidad actual que Vélez Sarsfield ni siquiera pudo imaginar, por lo tanto, su Código fue pensado para un entorno totalmente diferente, en especial, en el tema del comercio internacional, cuyo instrumento fundamental lo constituyen los contratos internacionales. De lo anteriormente expuesto se deriva la importancia de la sistematización de sus normas.

Desde hace más de cuarenta años, se fueron sucediendo variados intentos de codificación del Derecho Internacional Privado Argentino, presentando dos enfoques diferenciados: internacionalista y civilista. El primero, partidario de consagrar la autonomía legislativa de dicha disciplina a través del dictado de una ley especial o de un código, opción propuesta por Werner Goldschmidt. Su primer proyecto de Código se publicó en 1955, posteriormente en 1974, y más recientemente, por la Comisión creada por el Ministerio de Justicia de la cual surgió el conocido como Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003. Sin embargo, no efectuaron una unificación total, ya que no incluían el reconocimiento y

* Abogada (UBA). Magíster en Relaciones Internacionales (Universidad Maimónides). Cursando el Programa de Actualización en Derecho Informático. (UBA) y el Posgrado en Derecho Informático certificado por la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Investigadora y Profesora Adjunta Ordinaria de Derecho Internacional Privado, de Derecho Internacional Público, de Estudio de la Constitución Nacional y de los Derechos Humanos y de Legislación Sanitaria, Departamento de Ciencias Sociales. Miembro de las Comisiones de Plan de Estudio de las Carreras Ingeniería Agronómica y Tecnicatura Universitaria en Inspección de Alimentos y del Comité Académico de Bioética. (UNLu.)

ejecución de sentencias extranjeras porque se interpretó que la regulación de ese sector era competencia de las legislaturas provinciales. En realidad, la propuesta de Goldschmidt consistía en un Proyecto de Ley Nacional de Derecho Internacional Privado y otro de Ley de Derecho Internacional Procesal.

Por otra parte, la propuesta de los civilistas se basaba en incorporar, en el mismo cuerpo del Código Civil, Comercial o unificado, la solución de los casos iusprivatistas internacionales. En esta vertiente podemos ubicar al Código de Vélez Sarsfield que no contenía una regulación integral y sistemática del Derecho Internacional Privado sino que, varias de las normas destinadas a regular relaciones privadas internacionales en materias específicas, estaban dispersas en dicho cuerpo normativo, consistiendo no solo en la determinación del derecho aplicable al fondo del asunto, sino también en la atribución de jurisdicción a los jueces argentinos, y, más actual, los Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y de Comercio de los años 90 (PERUGINI ZANETTI, 2012).

Dentro de esta segunda tendencia se encuentra el Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde el 1º de agosto de 2015, que contiene una regulación general y autónoma, aunque incompleta del Derecho Internacional Privado Argentino en sus últimos setenta y siete artículos, agrupados en el Libro Sexto (Disposiciones comunes a los derechos personales y reales) Título IV(Disposiciones de derecho internacional privado) dividida en tres capítulos: Capítulo 1 (Disposiciones generales) del artículo 2594 al 2600, Capítulo 2 (Jurisdicción Internacional) comprende los artículos 2601 al 2612 y Capítulo 3 (Parte especial), más extenso, del artículo 2613 al 2671, en la Sección 11º: "Contratos" y la Sección 12º: "Contratos de consumo".

Sin embargo, en este Código Unificado no encontraremos todas las disposiciones de Derecho Internacional Privado; habrá que acudir a las respectivas leyes especiales, por ejemplo sobre sociedades, insolvencia, y en materia de regulación del arbitraje, sin diferenciar interno o internacional, la encontramos en el Libro Tercero (Derechos Personales) Título IV (Contratos en particular) Capítulo 29 (Contrato de arbitraje).

El hoy vigente Código Civil y Comercial no tiene notas, pero las fuentes tomadas por los autores, así como la explicación y fundamentación de las normas se pueden leer en los Fundamentos del Anteproyecto y, en materia de disposiciones de Derecho Internacional Privado, en virtud de la complejidad intrínseca de las controversias vinculadas a más de un derecho , ya sea por los sujetos implicados, por el despliegue de las conductas, o por la ubicación de los bienes, se han preferido soluciones que sean a la vez sencillas y de cierta flexibilidad.

En consecuencia, el legislador tomó los aportes que brindaron las modernas legislaciones sobre la materia, a saber, el Código Civil de Quebec de 1994, el Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica, la Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado de Suiza, la Ley Italiana de Derecho Internacional Privado de 1995, el Acta Introdutoria del Código Civil Alemán del 2009, el Código Civil del Perú, el Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay, la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998, el Proyecto de Ley Modelo de Derecho Internacional Privado de México, entre otros.

Específicamente, en lo atinente al Derecho Internacional Privado Contractual, comprendiendo tanto el derecho aplicable como la jurisdicción internacional, tal como lo reconoció la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues delimita el ámbito del ejercicio de la soberanía jurisdiccional del propio Estado frente a la jurisdicción de Estados extranjeros. En ambas materias se consagró el principio de la autonomía de la voluntad, receptado en la jurisprudencia de nuestros tribunales, en la doctrina mayoritaria, y muy especialmente, en el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, sin obviar el Proyecto Goldschmidt de Código de Derecho Internacional Privado. Además, se tomaron como fuente las soluciones adoptadas en el derecho comparado, y en Convenciones vigentes y no vigentes en nuestro país, en especial dentro de la Unión Europea, la inspiración de la Convención de Roma de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales¹. En el ámbito internacional, se tuvieron en cuenta los Principios de UNIDROIT² sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 1994, actualizados en 2004 y 2010, que no son obligatorios, no son tratados, forman parte del denominado *soft law*³ y la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías⁴, que Argentina ratificó en 1983 mediante Ley N° 22.765, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional, CNUDMI, conocida por sus siglas en inglés UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*). Dentro del continente Americano, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de México de 1994⁵, no ratificada por Argentina, en el marco de CIDIP V (Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado V), exceptuando expresamente, en este tema a los Tratados de Montevideo, sin embargo en el de 1940, la

¹ Dicha Convención fue sustituida por el Reglamento de Roma de 2008 (Roma I) vigente hoy en la Unión Europea salvo en Dinamarca. No se aplica en nuestro país ya que no forma parte de sistema jurídico argentino.

² UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado es una organización independiente intergubernamental con sede en Roma, su objetivo es estudiar las necesidades y métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho internacional privado y el derecho comercial en particular entre los Estados, así como formular los instrumentos de derecho uniforme, principios y normas para alcanzar tales objetivos. Mantiene lazos de cooperación con Organizaciones Internacionales, intergubernamentales o no gubernamentales; un ejemplo de esto es la Conferencia Internacional sobre derecho privado en La Haya y UNCITRAL. Estas tres organizaciones sobre derecho privado han sido denominadas "las tres hermanas"

³ La expresión *soft law*, es decir ley blanda, designa a determinados instrumentos internacionales que no obstante no ser vinculantes tienen relevancia jurídica y a diversas manifestaciones de acuerdos interestatales y consensos internacionales que independientemente de su valor jurídico se incorporan al discurso internacional y producen ciertos efectos que repercuten de diferentes formas en la formación, desarrollo, interpretación, aplicación y cumplimiento del derecho internacional, tanto en el ámbito interno de los Estados como en el propio seno del derecho internacional.

⁴ La Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, se encuentra en vigor y a la fecha de este artículo cuenta con 83 Estados Partes, que son: Albania, Alemania, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Bahrein, Belarús, Bélgica, Benin, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Burundi, Canadá, Chile, China, Chipre, Colombia, Congo, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Egipto, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Gabón, Georgia, Grecia, Guinea, Guyana, Honduras, Hungría, Iraq, Islandia, Israel, Italia, Japón, Kirguistán, la ex República Yugoslava de Macedonia, Lesotho, Letonia, Líbano, Liberia, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Mauritania, México, Mongolia, Montenegro, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Paraguay, Perú, Polonia, República Árabe Siria, República Checa, República de Corea, República de Moldova, República Dominicana, Rumania, San Marino, San Vicente y las Granadinas, Serbia, Singapur, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania, Uganda, Uruguay, Uzbekistán y Zambia.

⁵ La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, México 1994, adoptada por CIDIP V entró en vigor en 1996, a la fecha no ratificada por Argentina, es decir no forma parte de nuestro sistema jurídico. Los Estados Partes hasta hoy son México y Venezuela.

jurisprudencia mayoritaria, admite que la autonomía se encuentra receptada indirectamente en el artículo 5° del Protocolo Adicional y en el marco regional, el Mercosur (LORENZETTI, 2012).

2. Jerarquía de las Fuentes del Derecho Internacional Privado

Es importante destacar que este Código termina con la disociación entre la Constitución Nacional y el Código Civil ya que Vélez Sarsfield no había tenido en cuenta o, le había dado la espalda, a la Carta Magna. En el artículo 1: "Fuentes y aplicación", coloca al Código Civil y Comercial como parte de un sistema jurídico que debe respetar principios y derechos contenidos en instrumentos jurídicos de mayor jerarquía, esto es la Constitución Nacional y los Tratados sobre Derechos Humanos que tiene jerarquía constitucional, conforme al artículo 75 inc. 22 de la Carta Magna, que se conoce bajo el nombre de "bloque de la constitucionalidad federal". Son los once expresamente mencionados y los que posteriormente adquieran tal lugar por una mayoría especial. Además, el mismo inciso establece, como principio general, que todos los tratados internacionales, incluidos los Tratados de Derechos Humanos que no obtuvieron jerarquía constitucional, tienen jerarquía superior a las leyes, es decir, que en caso de conflicto entre ambos, el tratado siempre prevalece. En consecuencia, las leyes que se dicten deben estar conforme con lo establecido en los tratados, de lo contrario, podrían ser tachadas de inconstitucional, a su vez, los tratados sólo pueden ser reformados o derogados por la vía internacional pertinente.

Esta jerarquía es receptada en el artículo 2594.- "Normas aplicables": "Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna".

Más allá de las críticas que se puedan efectuar en cuanto a su redacción, derivada de la utilización de los términos "se determinan" y "tratados y convenciones internacionales" vocablos utilizados sin mayores diferencias en el Derecho Internacional Público, esta norma da prioridad a los tratados por sobre la ley de origen interno. Dicho de otro modo, reafirma la preeminencia de las normas de fuente internacional por sobre las de fuente interna, siguiendo la corriente de las legislaciones más modernas, la doctrina y la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, la Constitución Nacional y el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁶, aprobada en Argentina por Ley N° 19.865/1972

⁶ Los Estados Parte de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, vigente desde 1980 son: Albania, Alemania, Argelia, Andorra, Arabia Saudita, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Barbados, Bielorrusia, Bélgica, Bosnia and Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Camerún, Canadá, Chile, China, Colombia, Congo, Costa Rica, Croacia, Cuba, Chipre, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Filipinas, Finlandia, Gabón, Georgia, Grecia, Guatemala, Guyana, Nueva Guinea, Haití, Holanda, Honduras, Hungría, Irlanda, Italia, Islas Salomón, Jamaica, Japón, Kazakstán, Kiribati, Kuwait, Kirguistán, Letonia, Lesotho, Liberia, Libia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malasia, Maldiva, Mali, Malta, Mauritania, México, Mongolia, Montenegro, Marruecos, Mozambique, Myanmar, Nari, Nueva Zelanda, Níger, Nigeria, Omán, Palestina, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, República Checa, República de Corea, República de Moldavia, República de Malauí, República Democrática del Congo, República Democrática del Laos, Reino Unido, República Dominicana, República Central Africana, Ruanda, Rusia, Santa Sede, Senegal, Serbia, San Vicente y Granadina, Sudán, Surinam,

actualmente vigente desde 1980, que afirma que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

3. Delimitación del Tema

En primer lugar es importante definir y caracterizar a los contratos internacionales ya que la libertad de las partes en una contratación internacional es mucho más amplia, aunque no absoluta, que en los contratos nacionales, que son los que no presentan ningún elemento extranjero, es decir que se encuentran conectados a un solo Estado y, por lo tanto, sujetos a un único ordenamiento jurídico. No obstante en el ámbito internacional no cualquier elemento extranjero es apto para transformar un contrato en internacional. Para calificarlo, hay que analizar el criterio adoptado por el legislador, que no es el mismo en todas las legislaciones que ese contrato pone en contacto⁷.

En el Comentario al Preámbulo de los Principios de UNIDROIT (UNIDROIT, 2004) – punto 1(Internacionalidad del Contrato) – se sugiere una interpretación lo más amplia posible del concepto, no adoptando expresamente ninguno de los criterios establecidos en las legislaciones, ni aun los más generales, tales como el requisito que el contrato ofrezca “vínculos estrechos con más de un Estado”, “implique una elección entre leyes de diversos Estados” o “afecte los intereses del comercio internacional”. Únicamente excluye las relaciones contractuales ausentes de todo elemento de internacionalidad es decir cuando los elementos esenciales del contrato tengan conexión con una sola Nación⁸.

Con un criterio general, aunque no tan amplio como los Principios de UNIDROIT, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado Argentino de 2003, en el artículo 68.- “Internacionalidad del contrato”, lo califica como internacional de la siguiente manera: “Un contrato es internacional si tiene contactos objetivos con más de un Estado. Son contactos objetivos, entre otros, los lugares de celebración y de cumplimiento, y los domicilios, establecimientos o residencia habitual de las partes y la situación de los bienes objeto del contrato”.

Tanto el Código Civil de Vélez Sarsfield como el Código Civil y Comercial vigente no definen expresamente al contrato internacional. Del juego de sus normas, podemos afirmar que para el derecho argentino de fuente interna, un contrato es internacional cuando el elemento extranjero es el voluntario o conductista, es decir, se celebra en un Estado para ser ejecutado o cumplido en otro, o dicho de otra

Suiza, Suecia, Siria, Tayikistán, Tanzania, Timor, Togo, Túnez, Turkmenistán, Ucrania, Uruguay, Uzbekistán y Vietnam.

⁷ El tema de calificaciones es uno de los problemas generales que presenta esta materia y consiste en definir los términos empleados en la norma de derecho internacional privado de acuerdo a un determinado ordenamiento jurídico material y supone que esa institución es entendida de diferentes maneras o con diferentes alcances en los derechos privados conectados por esa relación jurídica. El Código Civil y Comercial no trata en forma general el problema de las calificaciones, el legislador consideró más adecuado dejar que el derecho internacional privado continúe su evolución, sin obligar a los jueces a razonar conforme a criterios abstractos.

⁸ Dicha interpretación se puede consultar en: UNIDROIT (2004) *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, Roma, UNIDROIT, 2007, Art. 1.6(2) Principios UNIDROIT, p.2.

manera no coinciden el Estado de celebración con el Estado de ejecución. El mismo criterio es el adoptado por los Tratados de Montevideo de 1889⁹ y de 1940¹⁰. Sin olvidarnos que, en materia de contratos internacionales, Argentina es Estado Parte de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (aprobada en Argentina por Ley N° 22.765)¹¹ y de la Convención de La Haya sobre Ley Aplicable al Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1986, (adoptada por Ley N° 23.916/91) esta última todavía no se encuentra en vigencia, que tampoco lo definen pero en el ámbito de aplicación disponen que será aplicable cuando las partes tienen establecimientos comerciales en diferentes Estados (KALLER DE ORCHANSKY, 1991; WEINBERG DE ROCA, 1997).

En conclusión para el derecho argentino, tanto de fuente interna como convencional, un contrato es internacional cuando el elemento extranjero es el voluntario o conductista, es decir, se celebra en un Estado para ser ejecutado en otro o cuando las partes tienen establecimientos comerciales en diferentes Estados. La doctrina lo denomina como un contrato objetivamente internacional, ya que las partes no tienen atribución para transformar un contrato interno en internacional, o sea, decidir subjetivamente lo que no es internacionalmente objetivo (FELDSTEIN DE CÁRDENAS, 1995).

En segundo lugar, y frente a un contrato internacional que conecta ordenamientos jurídicos vigentes en diferentes Estados, no se le aplica un único derecho sino que se descompone la relación jurídica compleja en sus diferentes elementos y con caracteres propios, siguiendo el método analítico-analógico del jurista alemán inspirador del Código Civil, Federico Carlos de Savigny, y a cada uno le aplica el derecho más conforme a la naturaleza propia y esencial, denominado Regla de Solución, lo que se obtiene indagando la sede o el asiento de la relación jurídica (BIOCCA y otros, 1990). En consecuencia diferenciamos:

- (1) La capacidad de los contratantes que se rige por las reglas generales sobre la capacidad de las personas, en el Código Civil y Comercial, en el artículo 2616 titulado "Capacidad", afirma que la capacidad de la persona humana (sin ningún aditamento, no distingue capacidad de derecho o de ejercicio) se rige por el derecho de su domicilio. En cuanto a las personas jurídicas, en el Libro Primero (Parte General), Título II (Persona Jurídica) Capítulo 1 (Parte General) el artículo 147, titulado "Ley aplicable", se refiere expresamente a las personas jurídicas públicas y somete su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, a las leyes y ordenamientos de su constitución. Por su parte, en el artículo 150, diferencia las personas jurídicas privadas entre las constituidas en Argentina y las constituidas en el extranjero. A las

⁹ Los Tratados de Montevideo de 1889 son ocho tratados y un Protocolo Adicional, todos aprobados por Argentina por Ley 3.192 que nos vincula con Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay. Actualmente en vigor.

¹⁰ Los Tratados de Montevideo de 1940 son ocho Tratados y un Protocolo Adicional que fueron aprobados en su totalidad por Uruguay y Paraguay y actualmente se encuentran en vigor. El Tratado de Derecho Penal Internacional fue desdoblado en dos: el de Derecho Penal Internacional y el de Refugio y Asilo Político. En igual manera, el Tratado de Derecho Comercial también fue desdoblado en Comercial Terrestre y Comercial Marítimo. Argentina aprobó por Dec. Ley N° 7771/56 y Dec. Ley N° 468/63 casi todos, menos el Tratado de Derecho Penal, el Tratado sobre Refugio y Asilo Político y el Tratado sobre Propiedad Intelectual.

primeras, les aplica el derecho argentino, o sea el derecho del lugar de constitución¹² y a las segundas efectúa una remisión interna a la Ley General de Sociedades¹³.

(2) La validez extrínseca, o sea el elemento extrínseco, que es la forma y que constituye su manifestación exterior, se encuentra regulado en el artículo 2649.- “Formas y solemnidades de los actos jurídicos”. Dicho artículo, como principio general, dispone que la forma de los actos jurídicos se rige por la *locus regit actum*, que significa la ley del lugar de celebración, salvo que la ley de fondo exija una determinada calidad formal, es decir que sea *ad solemnitatem* y

(3) la validez intrínseca, o sea el elemento intrínseco o sustancial, que es el fondo del contrato, objeto del presente trabajo.

De la lectura del artículo 2595 sobre el tema “Aplicación del Derecho Extranjero”, en el inciso c) prevé la situación jurídica compleja que “...diversos derechos sean aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica...”, podemos deducir que adopta el método de Savigny, ya que cada elemento se regirá por su propio derecho.

Sin embargo, aunque no es el tema del trabajo, no podemos dejar de alertar que este inciso es un poco confuso y difícil de llevarlo a la práctica, al finalizar establece que “... o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos.” La situación prevista parte del supuesto que, como los sistemas jurídicos conectados en el caso no fueron pensados para funcionar conjuntamente, es posible que cuando el juez compone la solución en la sentencia aparezcan incongruencias o injusticias, en consecuencia, el juez deberá armonizarlos realizando las adaptaciones sin desvirtuar la finalidad de los mismos. Será la jurisprudencia la que nos aclare el sentido de “armonizar realizando las adaptaciones” y no desnaturalizar el derecho extranjero. Al dejar a criterio del juzgador la manera de armonizar todos los derechos conectados por la relación jusprivatista internacional compleja, se torna en una cuestión muy subjetiva e involucra un gran trabajo en cabeza del juez¹⁴.

Pero retomando el tema propuesto, el presente trabajo analiza las disposiciones del Código Civil y Comercial en cuanto a la regulación jurídica de la validez intrínseca o sustancial de los contratos internacionales.

¹¹ La nota 3 detalla los Estado Partes y la vigencia de dicha Convención.

¹² Nuestra afirmación se fundamenta en el texto del mencionado artículo ya que establece que “las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a. por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b. por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia y c. por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título.”

¹³ En el artículo 118 de la Ley 19.550 se afirma que la sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y formas por la leyes del lugar de constitución facultándola a realizar, en nuestro país, actos aislados y estar en juicio, en cambio, cuando se trate de actos comprendidos dentro del ejercicio habitual fija los requisitos que debe cumplir a tal efecto.

¹⁴ En estos casos el Proyecto del 2003 disponía la armonización de la solución a la que conducen, en cambio el literal c) habla de armonizar derechos, en realidad lo que se busca es armonizar la solución inspirada en la equidad.

4. Regulación Jurídica de la validez intrínseca de los contratos internacionales

En materia de contratación internacional, el juez local debe aplicar no sólo sus normas de Derecho Internacional Privado, sino el denominado Derecho Contractual Internacional, reconocido a nivel internacional y nacional. Éste último derivado del juego de los siguientes artículos del Código Civil y Comercial: artículo 2651.- “Autonomía de la voluntad. Reglas”, primera parte; artículo 2594.- “Normas aplicables”, ya explicado; artículo 2650.- “Jurisdicción” y del artículo 2652.- “Determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes”; en el siguiente orden¹⁵:

En primer lugar la legislación y jurisdicción que las partes hayan preseleccionado, en virtud del denominado principio de la autonomía de la voluntad o según FELDSTEIN DE CÁRDENAS (1994) libertad de contratación en el orden internacional, es decir la construcción material y conflictual de las cláusulas de las partes fruto de las negociaciones. Al utilizar términos usuales en la contratación internacional pueden aplicar los usos y costumbres, la propia práctica empresarial y en especial los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales, 1994, 2004 y 2010, con sentido integrador e interpretativo. Estos principios sirven al proceso de unificación del derecho privado y al desarrollo de los contratos internacionales. Conforman un modelo posible con miras a la armonización del derecho de los contratos, han servido de normativa aplicable a los árbitros en controversias internacionales y también a los jueces nacionales como instrumento para interpretar o suplementar textos contractuales y se han constituido en pautas generales y reglas de la Cámara de Comercio Internacional, como señalamos al inicio no son *hard law*, es decir tratados internacionales obligatorios, sino *soft law*. Es necesario aclarar que nuestra postura personal parte de la base que esa preselección se debe efectuar dentro de los límites permitidos por la ley, es decir no debe existir algún impedimento serio que torne ineficaz o inválida dicha la elección. De lo contrario conduciría al “contrato sin ley”, es decir sustraer al contrato de cualquier control de legalidad, que no es nuestra posición aunque hay algunos doctrinarios que así lo propician.

Para mayor comprensión al lector sobre nuestra postura, FELDSTEIN DE CÁRDENAS (1998) nos ilustra sobre el tema con el siguiente párrafo:

“De manera, que cualquier intérprete que se enfrenta con un contrato internacional habrá de comenzar por averiguar, en primer término, si en el contrato las partes han preseleccionado expresamente la ley a la que deban someterse; si así no lo han hecho, deberá indagar si esa ley no establecida de forma expresa, lo ha sido de manera implícita, tácita. Finalmente, en segundo término, si no ha podido descubrir la verdadera, efectiva autonomía de la voluntad expresa o tácita de las partes, el intérprete se verá en la necesidad de apoyarse en las soluciones que su sistema de derecho internacional privado, de fuente interna o internacional le brinda en ausencia de elección de ley aplicable por los contratantes. Así de sencillo (...) Muchas son las consecuencias jurídicas ante la elección de la ley aplicable por las partes en las transacciones

internacionales. Mas, la más relevante, es que al preseleccionar el ordenamiento jurídico aplicable, las partes desplazan las normas de derecho internacional privado indirectas, las normas de conflicto que hubieran sido aplicables de no haber ejercido esa facultad. Por ende, salvo que en el camino hacia la aplicación del derecho escogido, haya algún impedimento serio que torne ineficaz, inválida, la elección, la ley aplicable será la elegida. De modo, que si las partes eligen válidamente la ley, no hay que recurrir a las normas de conflicto que determinan el derecho aplicable, precisamente en ausencia de elección. Ese es el efecto jurídico más importante que han buscado las partes cuando han decidido hacer uso de la autonomía conflictual. Desplazar, porque le son dispositivas las normas de conflicto pertinentes, las que solamente entrarán a funcionar si la elección, o si el contenido de la ley elegida resulta ineficaz, inválida”.

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “*Méndez Valles, Fernando c/ Pescio A. M. s/ ejecución de alquileres*”, en el Considerando 12 resolvió:

“Que de acuerdo a una recomendable metodología de Derecho internacional privado, para la determinación de la ley aplicable a un contrato con elementos multinacionales o a un aspecto de él, corresponde en primer lugar indagar si las partes han ejercido la facultad de elegir el derecho nacional aplicable al contrato o de incorporar al contrato normas materiales derogatorias de las normas coactivas del derecho privado rector del negocio -sin perjuicio del orden público del derecho internacional privado del juez con jurisdicción internacional y de las normas de policía, que no pueden ser desplazados por la autonomía referida- (arg. art. 19, Constitución Nacional, art. 1197, Cód. Civil y Fallos: 236:404 y 290:458). En caso contrario, es decir, si las partes no han ejercido ninguno de los tipos de autonomía mencionados, cabe acudir a las normas de conflicto de fuente legal que regulan el caso. Tratándose de un asunto planteado ante un juez argentino, éste aplicará normas de conflicto argentinas para la determinación del derecho aplicable. Pero ellas pueden ser, a su vez, de fuente interna o de fuente internacional. Estas desplazan, en lo pertinente, a las otras (arg. art. 31, Constitución Nacional)”¹⁶.

(1) En su defecto y en segundo lugar, por la determinación de la ley aplicable y jurisdicción competente de fuente internacional, convenciones específicas según corresponda: la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980¹⁷. En el ámbito regional, los Tratados de Montevideo de 1889, que, al guardar silencio se entiende que niegan la autonomía de la

¹⁵ Todos estos artículos serán explicados en los siguientes ítems.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Méndez Valles, Fernando c/ Pescio A. M. s/ ejecución de alquileres*” 26 de diciembre de 1995, LL 1996-C, 499-507. Considerando 12.

¹⁷ Dentro del derecho comparado, es decir no formando parte del Sistema normativo argentino, podemos mencionar por su importante aporte a los contratos internacionales, en la Unión Europea, la Convención de Roma sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 1980 y en el marco de la OEA, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, México 1994, adoptada por CIDIP V, en vigor en 1996, a la fecha no ratificada por Argentina, sólo por México y Venezuela. Además la Convención de La Haya sobre Ley Aplicable al Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1986, adoptada por Argentina por Ley 23.916/91 pero que, a la fecha, no se encuentra vigente.

voluntad pero los de 1940, en el artículo 5° del Protocolo Adicional la aceptan en la medida en que la ley aplicable la autorice.

(2) Por último y en caso de ausencia de tratados internacionales por la regla de conflicto de la legislación interna.

En virtud de lo expuesto, analizaremos cada uno de estos tópicos en la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional y su recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación, comenzando con el principio de la autonomía de la voluntad.

4.1. Autonomía de la Voluntad: concepto, características, clases y su recepción en el Código Civil y Comercial

El principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales es ampliamente aceptado en la mayoría de las legislaciones nacionales, convenciones internacionales, en la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional. Sin embargo, desde su formulación sufrió sucesivas etapas hasta su consagración actual, extensa en materia internacional, pero no absoluta, reconociendo limitaciones. A continuación explicaremos brevemente el concepto, características y clases de la autonomía de la voluntad para analizar su recepción en el Código Civil y Comercial y sus principales limitaciones.

4.1.1. Concepto, características y clases

La autonomía de la voluntad se relaciona con las libertades del hombre y, en términos generales, podemos definirla como fuente creadora de derechos. "En un sentido etimológico, la expresión "autonomía" denota el poder de gobernarse por sus propias leyes. Dentro de la literatura jurídica, autonomía de la voluntad designa que la voluntad es la fuente y la medida de los derechos subjetivos, es un "órgano creador de derecho" (FELDSTEIN DE CÁRDENAS, 2000: 344). Este mismo concepto se entendió de dos maneras:

- (1) **Concepción subjetivista o amplia:** la voluntad del sujeto es una fuente originaria de derechos, independiente de cualquier orden jurídico nacional o internacional. Las características de esta corriente son que es absoluta e ilimitada, por lo tanto, el contrato es la única ley y no reconoce ningún orden jurídico.
- (2) **Concepción objetiva o estricta:** la voluntad del sujeto es una fuente derivada de derechos, dependiente del orden jurídico que la habilita y las características son que el contrato está relacionado con una ley, recibe su potestad de esa misma ley, en la medida y con los límites establecidos por ese ordenamiento (BIOCCA, 2004).

A su vez, estas dos concepciones llevaron a la formulación de dos criterios de aplicación:

- (1) **Absoluto, ilimitado:** coincidente con la concepción subjetiva, no reconociendo límites ni ningún control jurisdiccional aún cuando el derecho no se los permita, o se los prohíba expresamente.

- (2) **Relativo, limitado:** si bien las partes pueden elegir la ley reguladora, entre otras cosas, esta regla reconoce excepciones y límites.

En cuanto a la manera de ejercerla en los contratos podemos diferenciar dos clases de autonomía:

- (1) **Autonomía conflictual:** consiste en la facultad de las partes de preseleccionar el derecho aplicable a todo o parte del contrato desplazando la ley establecida por el legislador, siendo este derecho de carácter supletorio, es decir aplicable en la medida en que no es desplazado por las partes.
- (2) **Autonomía material:** consiste en establecer pactos o cláusulas del contrato en aspectos específicos, concretos, crear sus propias normas jurídicas y excluir las normas imperativas que serían aplicables en caso de no ejercerla. También pueden transcribir normas de uno o de varios derechos nacionales o internacionales o ser totalmente innovadores. Dentro de la autonomía de la voluntad se puede diferenciar:
- a) **La autonomía material de primer grado o absoluta:** que consiste en que las partes se someten a las estipulaciones materiales indicando expresamente que no se sujetarán a ningún derecho positivo determinado. A este tipo de contratos se los denomina contratos autorregulados o contratos sin ley. Goldschmidt señala que "Una cláusula expresiva de la autonomía universal declara, verbigracia, lo que sigue: "Las partes se someten exclusivamente a las estipulaciones establecidas en el mismo contrato, sin sujeción a ningún Derecho positivo determinado". Las grandes instituciones crediticias, como el Banco internacional de Reconstrucción y de Fomento (Banco Mundial) o el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) recurren a la autonomía universal" (GOLDSCHMIDT, 1970:195). El único límite que reconoce es el del orden público del juez, que también se puede eludir pactando arbitraje de equidad, es decir, que el árbitro actúe como amigable componedor, no obstante si no se cumple el laudo arbitral, entonces hay que recurrir al juez para su ejecución forzada.
- b) **Autonomía material de segundo grado:** consiste en que las partes formulan estipulaciones materiales sin declarar su independencia de cualquier Derecho positivo.

En consecuencia y en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes pueden:

- (1) Elegir el derecho aplicable a todo o parte del contrato, autonomía conflictual.
- (2) Construir sus propias normas sustanciales o materiales, autonomía material.
- (3) Dentro de ellas adoptar cláusulas usuales del comercio internacional, por ejemplo los modelos que publica la Cámara de Comercio Internacional.
- (4) Adoptar los principios y reglas del ámbito comercial internacional, como los Principios de UNIDROIT.
- (5) Prorrogar jurisdicción, es decir celebrar un acuerdo de elección del foro, elegir el juez competente o sustraer el caso de la jurisdicción nacional y someterlo a sus propios árbitros y procedimiento arbitral, denominado arbitraje libre o *ad hoc* u optar por el arbitraje institucionalizado o administrado, es decir a un Centro de Arbitraje preestablecido.

(6) No elegir y sujetarse al derecho y jurisdicción que surja de la aplicación de las normas de derecho internacional privado. No elegir es una forma de elección.

4.1.2. Recepción de la Autonomía de la Voluntad en el Código Civil y Comercial

La autonomía de la voluntad con criterio relativo, tanto conflictual como material está expresamente reconocida en el Código Civil y Comercial en materia jurisdiccional y en el derecho aplicable. En este sentido recepta como fuente, reiterando lo que mencionamos en la Introducción, a la Convención de Roma sobre Ley Aplicable a la Obligaciones Comerciales de 1980, los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 1994, actualizados en 2004 y 2010, la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de México 1994¹⁸, exceptuando expresamente a los Tratados de Montevideo, salvo el del 1940 que la admite indirectamente, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado Argentino de 2003, el Código Civil de Quebec de 1994 Libro 10 Derecho Internacional Privado, la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

A) Autonomía de la voluntad en la Jurisdicción Competente

En cuanto al ejercicio de la autonomía de la voluntad en materia jurisdiccional, la encontramos recepcionada en varios artículos del Capítulo 2: "Jurisdicción Internacional", a saber: Artículo 2601.- "Fuentes de jurisdicción", establece un orden de prelación en cuanto a la jurisdicción internacional de los jueces argentinos, que no hace más que reiterar la primacía de los tratados internacionales, ordenada claramente por la Constitución Nacional en el artículo 75, inc. 22 y ya prevista en el art. 2594, que abre el Título dedicado al Derecho Internacional Privado, analizado en el punto 2 del presente trabajo. En otras palabras, la jurisdicción internacional de los jueces argentinos será atribuida, en ausencia de tratados internacionales y en la medida en que las partes no hayan celebrado un acuerdo de prórroga de jurisdicción en materia disponible, conforme las leyes del Código y leyes especiales.

El párrafo final del artículo comentado llama la atención sobre la existencia, actual y eventualmente futura, de normas de jurisdicción fuera del Código. Las normas de jurisdicción específicas de cada materia se localizan, además de en el capítulo siguiente (Parte especial), en las leyes especiales, porque como ya comentamos, en la temática específica de Derecho Internacional Privado, este Código no es autosuficiente, se debe complementar con leyes especiales en materias no contempladas en el Título IV.

¹⁸ Recordamos que tanto la Convención de Roma de 1980 como la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales no son obligatorias para Argentina, y los principios de UNIDROIT constituyen el *soft law*, carecen de fuerza legal.

Textualmente establece: “Artículo 2601.- Fuentes de jurisdicción. La jurisdicción internacional de los jueces argentinos, no mediando tratados internacionales y en ausencia de acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de jurisdicción, se atribuye conforme a las reglas del presente Código y a las leyes especiales que sean de aplicación”.

En el artículo 2605.- “Acuerdo de elección del foro” dispone: “En materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley”.

Del análisis de este artículo podemos inferir que las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción, denominada “acuerdo de elección del foro”, en jueces o árbitros fuera de la República, siempre que se den las siguientes condiciones:

- (1) Que la materia sea patrimonial e internacional: al decir internacional significa que el contrato debe ser objetivamente internacional para el Derecho argentino¹⁹ y patrimonial, es decir que la norma no se aplica indistintamente a todas las materias, únicamente a las susceptibles de estimación económica, por lo tanto consideramos que quedan excluidas materias como el estado y la capacidad de las personas, relaciones de familia, bienes fuera del comercio, entre otras²⁰. La norma no expresa otras limitaciones a su ámbito de aplicación, ni de carácter temporal como tampoco ninguna vinculación entre el caso y el país del foro elegido, reconociendo que el hecho que motiva, en muchos casos, el ejercicio de la autonomía de la voluntad – sobre todo en el arbitraje – es precisamente la búsqueda de una jurisdicción neutral.
- (2) Que la prórroga no debe estar prohibida por la ley, como por ejemplo en el supuesto especial de los contratos de consumo que, en la Sección 12° (Contratos de Consumo) el artículo 2654.- “Jurisdicción”, en la última parte expresamente prohíbe los acuerdos de elección del foro, dicho de otra manera prohíbe la prórroga de jurisdicción. Además, en el Libro Tercero (Derechos Personales), Título IV (Contratos en particular) Capítulo 29 (Contrato de Arbitraje), el artículo 1651.- “Controversias excluidas del contrato de arbitraje” (sin diferenciar si el arbitraje es nacional o internacional, por lo cual podemos inferir que se refiere a ambos) excluye entre otras materias no arbitrables, es decir que no pueden ser objeto de un contrato de arbitraje, las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores.

¹⁹ La calificación de internacional fue explicada en el punto delimitación del tema: cuando se celebraba en un Estado para ser ejecutado en otro o cuando las partes tenían establecimientos comerciales en diferentes Estados.

²⁰ A diferencia de lo establecido en este artículo, el Derecho Comparado nos brinda ejemplos del ejercicio de la autonomía de la voluntad en materias no patrimoniales, por ejemplo el artículo 42. 2 de la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado asignando competencia a los tribunales venezolanos para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones sobre estado de las personas o las relaciones familiares “2. Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción, siempre que la causa tenga una vinculación efectiva con el territorio de la República”.

(3) Que los jueces argentinos no tengan jurisdicción exclusiva. En el artículo 2609.-“Jurisdicción exclusiva”, enumera las causas en las que los jueces de nuestro país son exclusivamente competentes, a saber:

- a) derechos reales sobre inmuebles situados en la República;
- b) validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro público argentino;
- c) inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y otro derecho sometido a registro, siempre que el mismo se haya solicitado o efectuado en Argentina.

A su vez, esta norma está dirigida a los jueces argentinos, impidiéndoles ejercer jurisdicción cuando las partes la han voluntariamente excluido y siempre que se cumplan las condiciones impuestas por el Derecho argentino. En ese sentido, ella juega como una norma de jurisdicción negativa, sólo prevé la derogación de la jurisdicción argentina, pero nada dice respecto de la jurisdicción de los tribunales argentinos cuando las partes se someten a ella. Una interpretación integral nos permite deducir que la autonomía de la voluntad también juega para designar como competentes a los jueces argentinos, posición que afirmamos basándonos en el primer párrafo del artículo 2650, que da por sobrentendida esa facultad de las partes en relación con los contratos²¹. En igual sentido, consideramos que la prórroga a favor de los tribunales argentinos está regulada en el art. 2607, aunque dicho artículo no incluye ninguna de las fórmulas que aparecen en las demás normas atributivas de jurisdicción. La competencia de los tribunales argentinos con fundamento en la voluntad de las partes estaría establecida en el Código sólo de forma implícita²².

En caso que las partes prorroguen jurisdicción, se plantea el tema del carácter jurídico de tal acuerdo de elección del foro, si es alternativo o exclusivo, problemática resuelta en el artículo 2606.-“Carácter exclusivo de la elección el foro”, que establece que el juez designado tiene competencia exclusiva²³, es decir crea una jurisdicción excluyente, hay un único juez competente que es el que establecen de común acuerdo las partes, por lo tanto sólo pueden acudir al tribunal prorrogado. En caso de interponer una demanda ante otro juez, la demandada puede proponer la declinatoria y éste se debe declarar incompetente salvo que ellas decidan expresamente lo contrario.

En relación con la forma del acuerdo, en el artículo 2607.- “Prórroga expresa o tácita”, diferencia cuando es expresa: si se establece en un convenio escrito mediante el cual los interesados manifiestan su decisión de someterse a la competencia del juez o árbitro ante quien acuden, admitiendo todo medio de comunicación que permita establecer la prueba por un texto. Y será tácita, para el actor, cuando entabla la demanda y, para el demandado, cuando la contesta sin oponer excepciones, así como cuando deje de hacerlo.

²¹ Dicha norma la analizaremos en el próximo punto.

²² Para no inducir a confusión aclaramos que es nuestra postura personal.

²³ La norma se refiere exclusivamente al juez designado por las partes, sin embargo, consideramos que puede ser extensivo al árbitro por el juego de los artículos 2605 y 2607 referidos indistintamente a jueces o árbitros.

La inclusión de tal expresión – “*deje de hacerlo*” –, obligaría al demandado ante un juez incompetente a presentar la declinatoria para quedar a salvo de lo que podría ser un acto de mala fe o un abuso procesal del demandante.

La incompetencia del juez es el presupuesto esencial para la configuración de la sumisión tácita y lo más lógico, en estos casos, es que el juez la controle de oficio. Cumplido el plazo previsto para la comparecencia del demandado sin que éste haya ejercido ese derecho, consideramos que el juez debería rechazar la demanda ya que contradice el fundamento mismo de la norma, que es la expresión libre de la voluntad de las partes, situación que se agrava si al demandado le resulta dificultoso comparecer ante el juez argentino incompetente. Además, aunque el Código no lo mencione expresamente, consideramos que el mismo fundamento hace que la sumisión tácita opere también cuando existe un acuerdo expreso de elección de foro, es decir la sumisión tácita prevalece sobre la sumisión expresa anterior. En consecuencia, la obligación de comparecer implícita en la expresión “*deje de hacerlo*”, obligaría al demandado, que había acordado con el actor la sumisión a un tribunal extranjero o al arbitraje, a discutir sobre la competencia ante un juez argentino, criticable, en nuestra opinión.

B) Autonomía de la voluntad en el Derecho aplicable

La autonomía de la voluntad en cuanto al Derecho aplicable expresamente está reconocida en la Sección 11° (Contratos) sin aclarar que sus normas se refieren a los contratos internacionales, ausencia criticada por algunos doctrinarios, tales como Fernández Arroyo y Noodt Taquela²⁴. Sin embargo se deduce que regula la contratación internacional ya que se encuentra ubicada en el Título IV (Disposiciones de Derecho Internacional Privado), en el artículo 2651.- “Autonomía de la voluntad. Reglas”, el cual reza: “Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato”.

A continuación analizaremos cada una de las disposiciones del enunciado general:

Autonomía Conflictual: En primer lugar reconoce o admite expresamente la autonomía de la voluntad conflictual (más adelante veremos que también reconoce la material) al afirmar: “Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes...” Seguidamente deja en claro que tal posibilidad se limita a la validez intrínseca, excluye la validez extrínseca o formas “...en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones”.

²⁴ Diego Fernández Arroyo comentando la Sección 11°: “Contratos” dice textualmente: “Podría pensarse que la cuestión está sobreentendida (Uzal), acaso sobre la base de la ubicación de la norma en el Título referido al DIPr. (que está encabezado por el art. 2594, que se refiere a “situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales”), pero esa idea chocaría con la presencia explícita del requisito para ejercer válidamente la autonomía de la voluntad en materia de jurisdicción (art. 2605). Además, se trata de una discusión ineludible cada vez que se habla de una reglamentación, cualquiera sea, del derecho aplicable a los contratos (Noodt Taquela), que difícilmente haya pasado por alto al legislador.”. Ver FERNÁNDEZ ARROYO (2014:945).

(1) **Forma de ejercicio:** en cuanto a la forma de ejercerla, prevé dos posibilidades. “La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”. En consecuencia, la elección debe ser manifiesta, comprendiendo la forma expresa y tácita:

- a) *Expresa:* es cuando se evidencia en los términos del contrato, es decir, cuando las partes establecen una cláusula contractual específica eligiendo la ley a la cual lo someten o por medio de un convenio específico.
- b) *Tácita:* cuando la selección resulta de las circunstancias del caso, no es presunta o hipotética, sino que se infiere del mismo contrato mediante elementos idóneos que revelen la voluntad cierta de las partes. Como hechos reveladores pueden considerarse, por ejemplo, la utilización de un determinado idioma, la elección de esa ley en otras relaciones jurídicas entre las partes, la utilización de figuras contractuales propias de un determinado ordenamiento jurídico o cuando el actor demanda invocando determinado derecho y el demandado contesta conforme al mismo derecho. En ese caso se considera que existe, en el proceso, un pacto tácito de disponibilidad del derecho aplicable.

En el supuesto que las partes prorroguen jurisdicción, es decir elijan en el contrato un juez competente, surge la duda sobre si también supone la elección del derecho interno aplicable en ese país, este artículo la soluciona negativamente, disponiendo, en el inc. g: “g. la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país”, es decir que cuando las partes eligen un juez competente, importa elegir el Derecho Internacional Privado del juez, en definitiva el Derecho Privado que resulta aplicable conforme a la norma indirecta del juez ante quien se proroga jurisdicción.

(2) **Extensión:** la última frase se refiere a la extensión de la autonomía de la voluntad: “Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato.” Esta frase se refiere a la posibilidad de elegir una sola ley para regular todo el contrato o también puede preseleccionar diferentes leyes para cada uno de los aspectos del contrato, opción conocida como *dépeçage*, corte o fraccionamiento del contrato, es decir las partes pueden elegir diversas leyes aplicables a las partes separables e independientes unas de otras del contrato. Tal facultad regirá solamente sobre las cuestiones enumeradas en la primera frase del artículo – validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones – no abarcando cuestiones tales como la capacidad de las partes o la forma, que están sometidas a reglas específicas. Muchos autores, como Alcorta, Lazcano, Calandrelli²⁵ entre otros, se opusieron a esta última posibilidad aduciendo que atentaba contra la unidad del contrato, sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional (como por ejemplo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A en autos “*Caterpillar Financiera*”

²⁵ ALCORTA (1927), LAZCANO (1965). En idéntica dirección el italiano CALANDRELLI (1911). El profesor uruguayo OPPERTI BADAN considera que la cuestión es ciertamente opinable (1997).

*Services Corporation c. Guidobono, José M*²⁶ y "*Raij Kruchik, Abraham c. Banco Hipotecario S.A*"²⁷, entre otros²⁸) y extranjera terminaron aceptando tal posibilidad, que vemos reflejada en esta última frase. En consecuencia las partes pueden, en cuanto a la extensión:

- a) *Elección total o Unidad*: una misma ley para todos los aspectos separables de la validez intrínseca del contrato.

²⁶ La CNCom. Sala A, en autos "*Caterpillar Financial Services Corporation c. Guidobono, José M.*", en el Considerando 3 sostiene que: "En la práctica comercial es común que las partes incorporen cláusulas en el contrato principal, dentro de sus condiciones generales, que rijan las obligaciones asumidas, por lo que, comúnmente, la misma ley que rige todo el contrato se aplica, asimismo, para la validez de esas cláusulas. No obstante, es factible que las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, designen una ley distinta para regir el pacto (*dépécage*) y sus efectos. La posibilidad de admitir tal fraccionamiento o *dépécage* para determinar la *lex contractus* que ha de regir la validez de una cláusula depende en buena medida de dos circunstancias diversas: por un lado, el contenido y efectos reales de esas cláusulas, que se rigen por la *lex rei situs*, y por el otro, el derecho que rige el contrato principal al cual accede el derecho de garantía (*lex contractus*) (conf. Uzal, María E., "Algunas reflexiones..." cit., p. 764)." Ver en: CNCom. Sala A, "*Caterpillar Financial Services Corporation c. Guidobono, José M.*", 1 de noviembre de 2007 [En Línea] Disponible en Web: <http://fallos.diprargentina.com/2009/12/caterpillar-financial-services.html>.

²⁷ La CNCom., sala A textualmente afirmó que: "...En el *sub lite* de los documentos acompañados, surge del Programa Global (fs. 29) en el cap. 'Ley aplicable' que, 'la Ley de Obligaciones Negociables establece los requisitos legales necesarios para que los títulos sean considerados obligaciones negociables bajo la ley argentina. La autorización, otorgamiento y entrega de los títulos por parte del Banco se rigen por la ley argentina. Todos los demás asuntos referidos a los términos y condiciones del Programa y los títulos emitidos bajo éste se rigen por las leyes de Nueva York y se interpretarán de acuerdo con las mismas'. De ello se sigue que las partes han hecho uso de su autonomía de voluntad en sentido conflictual. Esto es, que las partes haciendo ejercicio de su autonomía de la voluntad de carácter conflictual, han elegido el derecho aplicable para regir sus obligaciones negociables practicando una elección compleja de dos derechos destinados a regir diversos aspectos del mismo negocio..." Ver CNCom., Sala A, "*Raij Kruchik, Abraham c. Banco Hipotecario S.A*", Consid. 3, 20 de marzo de 2007 [En Línea] Disponible en Web: http://fallos.diprargentina.com/2010/09/raij-kruchik-abraham-c-banco_08.html.

²⁸ La CNCom., Sala D, en el caso "*Financiera Ludicor S.A. c. Telecom Stet France Telecom S.A.*" dispuso: "Es cierto, en cambio, que la moneda de las obligaciones negociables asumida constituye una cláusula de fondo o sustancial, a cuyo respecto no procede aplicar la ley nacional, cuya vigencia parece acotarse a los aspectos formales referidos. Tal modalidad consulta el principio de la 'autonomía conflictual', que faculta a las partes a someter ciertos aspectos del contrato a las leyes locales y otros a las leyes extranjeras, y que ha sido receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos precedentes vinculantes (ver Gastaldi, J., M., "La doctrina, legislación y jurisprudencia argentinas en torno del principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales y de la regulación de éstos", en ED 123-889)." CNCom., Sala D, "*Financiera Ludicor S.A. c. Telecom Stet France Telecom S.A.*". 11 de marzo de 2004 JA 2004-III, 715.

Advertimos al lector que como una opinión propia y particular consideramos que cuando las partes eligen una ley aplicable al contrato pero en una cláusula contractual material, desplazan en algunos aspectos la legislación elegida, también constituye una forma de efectuar *depeçage* subjetivo del contrato. La CNCom., Sala B, en los autos "*Standard Bank London Ltd. y otros c. Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland y otro.*" dispone, "Si las partes pueden elegir un derecho distinto del que corresponde aplicar, también pueden excluir parcialmente, el derecho elegido por el legislador o por ellas mismas, a través de la autonomía material (...) Establecida la condición de internacional del contrato, de acuerdo al derecho internacional privado argentino, según interpretación aceptada en general por la doctrina, las partes gozan: a) De la denominada "autonomía conflictual", en cuya virtud pueden determinar cuál será la ley aplicable (Goldschmidt, Boggiano, Kaller de Orchansky). En ejercicio de tal facultad los contrayentes del caso estipularon la aplicación de las leyes de la República Argentina. b) De la llamada "autonomía material de la voluntad", que las habilita a crear estipulaciones vinculadas al contenido y ejecución del contrato y así desplazar la aplicación de normas coactivas o imperativas del orden público interno (Boggiano, Gastaldi, Uzal). En ese marco, los celebrantes del mutuo acordaron de modo expreso la 'moneda de pago' (...) Y en considerando 7 a) No conforma agravio la mera alegación de que la elección del derecho argentino ("autonomía conflictual") impuso su aplicación a la "totalidad" del contrato (fs. 3027 vta.), pues omite controvertir las razones por la cual el juez concluyó que la determinación de la 'moneda de pago' en el marco de la 'autonomía material de la voluntad', resultaba operativa." CNCom., Sala B, "*Standard Bank London Ltd. y otros c. Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland y otro*", 7 de agosto de 2007 [En Línea] Disponible en Web: <http://fallos.diprargentina.com/2007/12/standard-bank-london-ltd-c-ancap-cncom.html>.

- b) *Elección parcial o Fraccionada*: que a cada aspecto del contenido o fondo del contrato se le aplican diferentes leyes nacionales, a saber, la ley de un Estado para regular la naturaleza, otra para el objeto, otra para la interpretación, otra para los efectos, otra para las condiciones de extinción, es decir la opción del *dépeçage*.

El artículo 2651 continúa: “El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas:

“a. en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros”;

(1) **Momento u oportunidad**: este inciso se refiere a la oportunidad o momento de elección de la ley aplicable y puede realizarse:

- a) *Inicial o Simultáneamente*: al momento de la celebración del contrato ya sea como parte del contrato, en una cláusula contractual o Anexo.
- b) *Posteriormente*: siempre mediando acuerdo de partes, después de la celebración del contrato se puede elegir la o las leyes aplicables o modificar la ley elegida inicialmente en un convenio aparte, el cual tiene carácter accesorio pero con dos limitaciones: que tal facultad no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros.

Autonomía Material: En cuanto a la autonomía material, está expresamente reconocida en los siguientes incisos del artículo que estamos analizando: “c. las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido; d. los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato”.

La autonomía material fue desarrollada y defendida por BOGGIANO (1993) por cuanto en un contrato internacional las partes pueden, además de elegir el derecho aplicable, excluir las normas coactivas vigentes del derecho privado elegido, facultad que no pueden ejercer en un contrato interno. Dicha potestad sólo puede operarse mediante la incorporación al contrato de normas materiales contrarias a las normas coactivas del derecho privado, es decir que tal exclusión de normas coactivas requiere la creación contractual de normas materiales aplicables prescindiendo de las coactivas opuestas y al decir normas coactivas exige distinguir entre éstas, normas de policía y el orden público internacional del juez.

En este sentido, y a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial N° 13, el doctor Antonio Boggiano, en el caso “*Treviso, Pablo, S.A. y Otros c/ Banco Argentino de Comercio*”, del 31 de agosto de 1976, sostuvo: “Ahora bien, en contratos internacionales la autonomía material de las partes no sólo tiene virtualidad derogatoria de las normas dispositivas y conectivas del derecho legal del juez (*lex fori*), en este caso argentino, sino incluso de las normas conectivas del derecho estatal que resultaría aplicable de funcionar las normas de conflicto del derecho internacional privado argentino, tal como ocurre con la autonomía conflictual o de elección de un derecho extranjero aplicable, salvo lo dispuesto por el artículo 1208 del Código Civil argentino, que analizaré más adelante (cfr. Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*,

nros. 179 a y sigs.)..." En otro párrafo continúa: "De tales límites al ejercicio de la autonomía de las partes en cuanto al objeto de regulación resulta, por implicancia, el contenido y alcance de aquella autonomía.

1. Las partes pueden derogar las normas dispositivas y coactivas del derecho privado del juez (*ius fori*) en este caso argentino. Debe distinguirse, pues, entre normas coactivas del derecho privado y normas de policía de derecho internacional privado. Aquéllas son de orden público interno y sólo se aplican a casos nacionales (v.gr., arts. 1364 y 1380, Cód. Civ.). Éstas, en cambio, se refieren a casos con elementos extranjeros y los sujetan al derecho propio por consideraciones de orden público internacional, esto es, aplicable a casos multinacionales (cfr. ED 66-788).
2. Pueden derogar las normas dispositivas, coactivas y de policía del derecho extranjero eventualmente aplicable según nuestras normas de conflicto (arts. 1205 y 1210), salvo las que resulten inderogables en el país o en los países en donde el contrato deba producir algún efecto típico (art. 1208, Cód. Civ. arg.).
3. Pueden derogar las normas coactivas y de policía del derecho que eligen como aplicable, pues en este caso las partes incorporan materialmente el derecho de un país determinado, pero expurgándolo de aquellas normas".

En el caso "*Tactician Int. Corp. y Otros c/ Dirección de Fabricaciones Militares*" consistente en una demanda contra la Dirección de Fabricaciones Militares por el cobro de una comisión derivada de la intermediación reconocida por la compraventa internacional de armas a la República de Irán, la Corte Suprema de Justicia sostuvo, con fecha 15 de marzo de 1994: "... En efecto, el ejercicio de la autonomía material de la voluntad en contratos de intermediación internacional es admitido por el derecho internacional privado argentino que sólo subsidiariamente -y sobre la base de los principios generales en materia contractual- designa la ley del estado en donde se cumple la actividad del intermediario, es decir, en el caso, al derecho interno argentino dado que las gestiones para colocar las órdenes de compra de la República Islámica del Irán se llevaron a cabo por los actores en la República Argentina, ante la Dirección General de Fabricaciones Militares..." (Considerando 8º) y "Que si bien se ha dicho que este corretaje internacional se halla regido por el derecho interno argentino (considerando 8º), ello lo es en todo aquello en que las partes no hayan negociado y pactado una configuración normativa especial, propia de su particular relación. Tal es lo que precisamente ha sucedido en el sub lite, en donde las constancias del expediente forman convicción sobre la común intención de desplazar el régimen previsto por el legislador en el segundo párrafo del art. 111 del Código de Comercio, norma que no reviste carácter internacionalmente imperativo" (Considerando 10º).

Por su parte, retomando el análisis del artículo, en el inciso d. al referirse a los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados y a los principios del derecho comercial internacional, aclara que serán aplicables únicamente cuando las partes los han incorporado al contrato. Este inciso alude al *soft law*, derecho blando, principios que no provienen de ningún orden jurídico nacional ni internacional, que integran el contenido material del contrato si las partes así lo han establecido.

Las costumbres o prácticas internacionales ampliamente difundidas y regularmente observadas en el comercio internacional fueron recogidas en los INCOTERM, forma abreviada de *International Commercial Terms*. Las mismas son un conjunto de reglas internacionales, que no tienen el valor jurídico de una ley o de un tratado, sistematizadas y actualizadas aproximadamente cada diez años por la Cámara de Comercio Internacional para la interpretación de los términos comerciales más utilizados en las transacciones internacionales que determinan, por ejemplo: el alcance del precio, el momento y lugar donde se produce la transferencia de riesgos sobre la mercadería del vendedor hacia el comprador, el lugar de entrega de la mercadería, el que paga el transporte y el seguro, los documentos que debe tramitar cada parte y su costo.

También pueden considerarse como reflejo de la costumbre internacional los diversos modelos de contratos o cláusulas contractuales que publica la Cámara de Comercio Internacional, por ejemplo el modelo de cláusula de exoneración de responsabilidad por caso fortuito, el de contrato de agencia, el de contrato de construcción "llave en mano" de una planta industrial, el de contrato de franquicia internacional, entre otros.

Además, los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT que, en su Introducción, expresan que el objetivo de los mismos es establecer un conjunto equilibrado de reglas para ser utilizadas en todo el mundo, independientemente de las condiciones económicas y políticas de los países en que sean aplicados. A su vez, del Preámbulo resulta que se propusieron establecer reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales y actuar como Principios Generales del Derecho o como *lex mercatoria*, así como servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional o para ser utilizados por los particulares en los contratos estrictamente internos o nacionales; sólo se excluye de su ámbito de aplicación las llamadas operaciones de consumo.

Finalmente, los Principios sobre Derecho Contractual Europeo, elaborados por la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo (Principios Europeos).

Sin embargo, tal facultad otorgada a los contratantes no puede llegar al extremo de producir la destrucción del negocio contractual configurando un contrato sin ley. Las partes siempre quedan sometidas, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, a los límites establecidos por la legislación, como por ejemplo el orden público internacional, las normas internacionalmente imperativas, entre otros que desarrollaremos en el próximo punto.

Finalmente, conforme la última frase los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados y los principios del derecho comercial internacional se aplicarán sólo cuando las partes los hayan concertado expresamente.

Esta última exigencia ha levantado voces en contra, tales como Anaya, citado por UZAL (2015)²⁹, GARRO- ZUPPI (2015)³⁰ y FERNÁNDEZ ARROYO (2014)³¹ ya que colisionaría lo establecido por la

²⁹ María Elsa Uzal, en la Clase 20 de Actualización del Código Civil y Comercial del 30/06/2015 sostiene que la fórmula propiciada inicialmente era: "cuando las partes los hayan concertado expresamente o debían haberse entendido obligados por ello". La Comisión Reformadora dejó sólo la referencia a la incorporación expresa, lo que motivó críticas como la de Anaya. Para mayor ampliación se puede consultar en UZAL (2015).

Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (recordamos que la convención tiene jerarquía supralegal y siempre que el contrato esté dentro de su ámbito de aplicación), en su artículo 9(2) los usos y costumbres se consideran implícitamente incorporados a dicho contrato, al disponer “2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”.

En sentido contrario FELDSTEIN DE CÁRDENAS (1994) al comentar el Proyecto de Reforma del Código Civil de 1993, en el artículo 945 referido a la prórroga de jurisdicción, se pregunta el alcance de expresiones tales como “usos en práctica en el comercio internacional, que las partes conocen o se reputa que deben conocer”, parecen referirse a la *lex mercatoria*. En ese caso alerta sobre su extensión e interpretación ya que su reconocimiento ilimitado podría llevar a la formulación de un tercer derecho anacional, un contrato sin ley, sustraído de todo control por parte de los derechos y de los jueces socavando el régimen contractual internacional.

Posteriormente se reconocen límites a la libertad de contratación internacional en menor medida que en un contrato nacional, pero no se considera absoluta, los que analizaremos a continuación.

4.1.3. Límites a la Autonomía de la Voluntad en el Código Civil y Comercial

La autonomía de la voluntad no es ejercida con un alcance universal de manera tal que dispongamos cualquier cláusula en el contrato y que se sustraiga a las restricciones de cualquier Estado o que podamos someter la validez intrínseca únicamente a los principios del comercio internacional o a los principios generales del derecho. Como analizamos cuando explicamos la autonomía material de primer grado o universal, citando a Goldschmidt, hay algunos contratos con cláusulas de internacionalización que buscan sustraerse de los límites de los derechos nacionales, y si van asociadas con prórroga de jurisdicción en cabeza de tribunales arbitrales, podrían sobrevolar los derechos, pero si el laudo arbitral no es voluntariamente cumplido y se solicita su ejecución forzada o se dicta una medida cautelar, es el juez competente el que debe ordenar la ejecución forzada o trabar los embargos correspondientes, en consecuencia y dependiendo de la amplitud de la *lex fori*, podrá el juez ejercer el control jurisdiccional del laudo arbitral o medida cautelar

³⁰ En igual sentido, los mencionados autores afirman: “Interpretando esta disposición contrario sensu, parecería que dichos usos y prácticas no se aplican a menos que se incorporen al contrato, lo que constituye un verdadero despropósito. Son precisamente dichos usos, prácticas y costumbres, “ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate,” y que las partes “tenían o debían haber tenido conocimiento, los que serán traídos a colación justamente para resolver conflictos aunque las partes no los mencionen en el contrato. Estos usos, prácticas y costumbres se consideran implícitamente incorporados al contrato de compraventa internacional bajo el 7 artículo 9(2) CISG. Creemos que hubiera sido acertado incorporar la aplicación de dichos usos, prácticas y costumbres, regularmente observados y del que las partes tenían o deberían haber tenido conocimiento”. Ver GARRO, ZUPPI (2015).

³¹ Op. cit. en Nota 24.

En el artículo 2651 incisos b., e. y f. encontramos los límites establecidos en nuestro Código Civil y Comercial, y como ya lo mencionamos, aquel reconoce como fuente inmediata la Convención de Roma sobre Ley Aplicable a la Obligaciones Contractuales de 1980, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional y la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México 1994), alguno de los cuales son límites generales a la aplicación del derecho extranjero, no son exclusivos de los contratos internacionales

Comenzamos con el inciso e: “e. los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso”. En este inciso encontramos subsumidos dos límites diferentes:

- (1) **Orden Público Internacional:** es un límite tanto para la autonomía conflictual, es decir al Derecho extranjero elegido por las partes, como para la autonomía material, cláusulas contractuales pactadas por las partes cuando violentan, vulneran o conculcan los principios fundamentales de la legislación argentina. En el orden público internacional siempre se protege al Derecho argentino contra disposiciones lesivas del Derecho extranjero o de las cláusulas contractuales y que tiene por efecto desplazar la ley preseleccionada por las partes por el Derecho local, o anular la cláusula lesiva. Como límite general a la aplicación del Derecho extranjero lo encontramos en el Capítulo 1 (Disposiciones Generales) artículo 2600.- “Orden público”: “Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”. Vemos que adopta la doctrina germana, es decir, que la noción de orden público internacional se opone con carácter excepcional y es de aplicación a posteriori, cuyo principal exponente fue Savigny³². El anterior Código regulaba el tema de orden público internacional en el artículo 14 con cuatro incisos, en los cuales adoptaba un criterio apriorístico y de competencia normal, proveniente de la escuela Latina – su exponente, Mancini – artículo muy criticado por la doctrina por los errores de enunciación. En este caso la nueva redacción es acertada.
- (2) **Normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata:** también denominadas por BOGGIANO (1993) normas de policía, no se las debe confundir con los principios de orden público internacional argentino (la ley extranjera es desplazada por contrariar gravemente los principios que inspiran a la ley del juez). En cambio en estas disposiciones, el juez argentino no tendrá que recorrer el camino de la norma indirecta y analizar si el Derecho extranjero es lesivo o no al Derecho patrio (a posteriori), sino que ellas resultan aplicables de manera

³² Dentro de la doctrina germana señalamos también la postura desarrollada por Zitelmann que considera que el orden público es una cláusula de reserva que tiene el derecho local y por lo tanto la aplicación de la ley extranjera para tutelar principios morales y jurídicos.

inmediata, necesaria, directa y a priori, excluyendo previamente toda otra norma independientemente de su carácter lesivo o no a los principios básicos de la legislación argentina. Son normas que el legislador por razones de índole política, social y económica autoelige el Derecho argentino y está interesado en resguardar. Una disposición similar la encontramos en el Capítulo 1 (Disposiciones Generales) artículo 2599.- “Normas internacionalmente imperativas”: “Las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes. Cuando resulta aplicable un derecho extranjero también son aplicables sus disposiciones internacionalmente imperativas, y cuando intereses legítimos lo exigen pueden reconocerse los efectos de disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados que presentan vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes con el caso”. Ambas normas comentadas distinguen las normas de aplicación inmediata argentinas que siempre son aplicadas por voluntad del legislador sin interesar el derecho que rija la cuestión, en forma automática y sin ninguna condición previa, de las internacionalmente imperativas del Derecho extranjero, sometidas a condición de presentar vínculos económicos preponderantes con el caso, adoptando el método unilateralista ya que no es conveniente dejar el contrato a las leyes de policía de todos los Estados. Los casos internacionales suelen relacionarse con diferentes Estados ya sea en razón de las personas (la partes tienen domicilio, o residencia en diferentes Estados), en razón de las cosas (lugar de situación de los bienes objeto del contrato) o del lugar de celebración o de ejecución del contrato, por lo cual, si se obliga a la aplicación de las leyes de policía de cuantos Derechos tengan algún contacto con el caso – método plurilateral – se desvalorizaría por completo la autonomía de las partes. En consecuencia, esta disposición impone únicamente el cumplimiento de las normas de policía extranjeras que pertenezcan a un país con el cual el contrato presenta una conexión económica decisiva, de modo tal que las partes no puedan excluirlas con eficacia en la Argentina. De esta regulación se desprende que el valor preponderante que guía la norma es la efectividad de la decisión. Por consiguiente, la finalidad de obtener una sentencia eficaz en otros Estados conduce a respetar las exigencias e intereses impuestos por terceros Estados con los que el contrato mantiene una vinculación estrecha de carácter económico.

Ahora bien, en este caso, la expresión “vínculos económicos preponderantes con el caso” significa que, generalmente se presume que existen vínculos más estrechos con el Estado donde la parte que debe cumplir la prestación que caracteriza al contrato, tiene su domicilio profesional o comercial. Ese Estado es el que tiene vínculos estrechos o interés legítimo en la solución. La finalidad es garantizar a los particulares sus derechos y obtener una sentencia eficaz en otros Estados. Igualmente destacamos que el término es muy ambiguo, presentando riesgos de imprevisibilidad, delegando en el juez facultades discrecionales, que pueden ser disminuidas si el

legislador le indica presunciones, como veremos más adelante, ya que en otro artículo reproduce la misma frase.

- (3) **Fraude a la ley:** lo encontramos en el inciso f: “f. los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno”. Como el caso anterior, es un límite a la autonomía conflictual similar al artículo 1208 del Código de Vélez Sarsfield y es una restricción general a la aplicación del Derecho extranjero. Es una norma moralizadora al afirmar que no se le reconocerá validez jurídica a disposiciones realizadas para violar el Derecho extranjero internacionalmente imperativo, protege al Derecho extranjero, sanciona el fraude a la ley extranjera y no lo somete a condición de reciprocidad. A diferencia del Código Civil que no contemplaba una definición general del fraude a la ley, sino casos especiales como el mencionado artículo 1208 (fraude a la ley extranjera) y el 1207 (fraude a la ley argentina) en materia de contratos, este Código Civil y Comercial, en el artículo 2598 (fraude a ley) dispone lo siguiente: “Para la determinación del derecho aplicable en materias que involucran derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto”. Y en el Título Preliminar Capítulo 3 (Ejercicio de los derechos) el artículo 12.- “Orden público. Fraude a la ley”, en su segunda parte afirma: “El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”. Del juego de estos artículos notamos que se define el fraude a la ley en forma general, como un remedio previsto por el legislador que le permite al juez sancionar determinados actos realizados por las partes en forma maliciosa y fraudulenta con el objeto de eludir la aplicación de una ley imperativa normalmente competente y lograr la competencia de otra más beneficiosa. El fraude puede ser tanto al Derecho argentino como al Derecho extranjero y se considera una noción autónoma y necesaria, dado que el principio de la autonomía de la voluntad no es de carácter absoluto. Las condiciones para que se configure el fraude son las elaboradas por la doctrina y receptadas en el actual Código, a saber: la realización de una serie de actos aisladamente válidos, como por ejemplo alterar el punto de conexión, cambiar domicilio, la nacionalidad pero que en conjunto producen un resultado prohibido por la ley (elemento objetivo), la intención o voluntad maliciosa, fraudulenta de eludir las disposiciones imperativas o prohibitivas, con el objeto de lograr la competencia de otra legislación más beneficiosa (elemento subjetivo) que se prueba según GOLDSCHMIDT (1970) con dos indicios objetivos: contracción temporal y expansión espacial, lo cual significa que se llevan a cabo demasiados actos en un lapso mucho más corto que el normal. Además el Derecho evadido sea no disponible, en caso de contratos se trata de eludir las normas de Derecho público, aduaneras, fiscales, de inmigración del Derecho extranjero específicamente. Si se dan todas estas condiciones estamos frente a un caso de fraude

a la ley y se sanciona aplicando el derecho que se quiso eludir. En síntesis, el Código Civil y Comercial sanciona el fraude a la ley argentina en forma general y el fraude al Derecho extranjero en materia de contratos hechos en la República para violar la ley extranjera.

- (4) **No aplicación del Reenvío:** en el artículo 2651 inciso b: “b. elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario”. Este inciso significa que elegida una ley nacional para regir el contrato, por ejemplo la ley argentina, se considera elegido el Derecho material argentino con exclusión de las normas de Derecho Internacional Privado argentino que consideran aplicables al contrato otro derecho, a saber la ley del lugar de ejecución o cumplimiento, salvo que las partes expresamente en la cláusula contractual dispongan que el contrato se regirá por el Derecho Internacional Privado argentino. El reenvío es una de las cuestiones específicas del Derecho Internacional Privado, trataremos de explicarlo brevemente para comprender esta excepción prevista en nuestro sistema jurídico y se relaciona con la cantidad de Derecho extranjero aplicable, es decir cuando la *lex indirecta fori* me remite al Derecho extranjero, la pregunta a responder es ¿qué parte de ese Derecho se considera aplicable? Ya que el Derecho extranjero contiene, como el patrio, normas indirectas (que no solucionan el caso sino que me indican el Derecho que en definitiva resolverá el conflicto) y normas directas o materiales (que resuelven el caso). Según cómo la respondemos aceptaremos o no el reenvío. Para la teoría de la Referencia Mínima la regla de conflicto no me remite a todo el Derecho extranjero, sino a una parte del mismo, es decir a la norma directa, que es la que soluciona el caso, esta teoría no acepta el reenvío. En el otro extremo doctrinario, la teoría de la Referencia Máxima considera que se aplica todo el Derecho extranjero incluidas las normas indirectas extranjeras y a cualquier otro derecho que ellas nos remitan, en consecuencia acepta el reenvío. Desde que se formuló la teoría del reenvío, en Francia con el *leading case* “Forgo”, se sucedieron los más intensos debates entre sus detractores y defensores y el Código Civil y Comercial acepta el reenvío en el artículo 2596.- “Reenvío”. “Cuando un derecho extranjero resulta aplicable a una relación jurídica también es aplicable el derecho internacional privado de ese país. Si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho argentino resultan aplicables las normas del derecho interno argentino. Cuando, en una relación jurídica, las partes eligen el derecho de un determinado país, se entiende elegido el derecho interno de ese Estado, excepto referencia expresa en contrario”. En la primera parte del artículo recepta el reenvío y en la segunda se refiere a la excepción a la aplicación del reenvío similar al inciso b del artículo 2561, conforme la teoría de Batiffol (autor francés) quien elabora la Teoría de la Coordinación de las normas de conflicto como fundamento para la aceptación del reenvío. Dicho autor afirma que el legislador pudo haber previsto una eventual coordinación de su regla con la extranjera y que combinando ambas reglas se obtenga un resultado aceptado por los dos Estados. Si con la aplicación del reenvío los tres intereses tenidos en cuenta por la norma jurídica se respetan, a

saber, el interés del Estado, el de las partes y el del comercio internacional, obtendremos una sentencia que será eficaz internacionalmente en todos los Estados. De lo contrario, si no respetamos la norma de conflicto extranjera, esa sentencia será desconocida. Sin embargo, la aplicación no es absoluta, reconoce dos excepciones y una de ellas alude a la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, es decir que si las partes expresamente designan una ley nacional aplicable al negocio jurídico, poco importa que ese Derecho Internacional Privado indique como aplicable a ese contrato una ley diferente, ya que el interés de las partes es que se aplique ese Derecho nacional material y no la regla de conflicto que nos remitiría a un Derecho no seleccionado por las partes. En cambio, si aplicamos el reenvío, no se estaría respetando el interés de las partes, en consecuencia en este punto se excluye la reserva de una coordinación eventual de las reglas, salvo pacto expreso en contrario. De hecho, la mayor parte de los países adoptan la misma regla, y actualmente nuestro país en estos dos artículos.

- (5) **Exclusión de los contratos de consumo:** dicha exclusión de la autonomía de la voluntad en forma total y para todos los contratos de este tipo, la encontramos en la última parte del artículo 2651, como cierre del mismo: "Este artículo no se aplica a los contratos de consumo". En la sección 12° (Contratos de Consumo) la excluye expresamente tanto en la prórroga de jurisdicción como en la preselección del derecho. Consiste en un punto de inflexión del principio de la autonomía de la voluntad debido a la presencia de una parte contratante débil que requiere la tutela del ordenamiento jurídico y que por ello merece una regulación diferenciada, como también vimos que no está permitida la prórroga de jurisdicción. También está contemplada en los Principios de UNIDROIT, como comentamos anteriormente, que se excluyen las relaciones de consumo y en la Convención de Roma sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 1980 pero como una protección más amplia no sólo al consumidor sino también al trabajador ya que en los contratos internacionales las partes pueden tener distinto nivel en el poder de negociación. Ante la superioridad socioeconómica de una de ellas, se les reconoce a ciertas categorías de personas consideradas jurídicamente débiles, tales como los consumidores, los trabajadores, los asegurados, entre otros, determinados derechos que les permita argüir el desplazamiento de la ley elegida por normas protectoras inderogables. En el Código Civil y Comercial sólo se contempló al consumidor y con respecto al trabajador se rige por el artículo 3 (Ley aplicable) de la Ley del Contrato de Trabajo, el cual dispone que dicha ley es la que va a regir todo lo referido al contrato de trabajo sin importar si el mismo se celebró en el país o en el extranjero siempre que se ejecute en Argentina. Sin embargo guarda silencio sobre la facultad de las partes de elegir libremente la ley aplicable a dicho contrato por lo que se ha de estar a las normas del Derecho común. Nada obsta, pues, a que las partes puedan elegir el derecho aplicable. Sin embargo, parecería que el límite sigue siendo el principio *in dubio pro operario* que sería una manifestación del orden público internacional argentino. No obstante, el principio de la autonomía de la voluntad fue aplicado por el Tribunal de Trabajo de Zarate en la

causa “*Eiras Pérez, L., c. Techint Engmeenng Company S.A.*”³³, en el cual resolvió que la elección del derecho venezolano por las partes era válida ya que no violaba regla imperativa alguna. En igual sentido, la Cámara Nacional de Trabajo, Sala 10 en “*Díaz, Miguel O. v. Altamiranda Nelson y Asociados S.A. y otros*”³⁴, aceptó la aplicación del derecho pactado en un contrato de trabajo internacional en un caso vinculado con Turkmenistán, porque el Tribunal sostuvo que ante la inexistencia de un tratado internacional con ese país, corresponde seguir la norma consuetudinaria de Derecho Internacional Privado argentino no convencional que impone atenerse al derecho que las partes libremente hayan elegido para su contrato.

(6) **Abuso de la Posición dominante en el mercado:** no está contemplada en el Título IV Disposiciones de Derecho Internacional Privado, pero en el Título Preliminar, artículo 11.- “Abuso de posición dominante establece”: “Lo dispuesto en los artículos 9° y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales”. El artículo 9 es el principio de buena fe y el 10 es el abuso del derecho, el ejercicio abusivo previsto es el referido a la posición en el mercado y no a todo supuesto de posición dominante en las relaciones humanas. La posición dominante en el mercado es la que posibilita que un determinado prestador o conjunto de prestadores se abuse de su posición de fortaleza en la relación establecida con un sujeto que se encuentra en situación de debilidad jurídica, social o económica, pudiendo darse cuando existe una situación de monopolio u oligopolio en la provisión de un determinado bien o servicio; pero también cuando la naturaleza de las relaciones y circunstancias en las que se proporcionan las prestaciones generan un fenómeno de cautividad o de vulnerabilidad en quien las recibe, podríamos ubicarla dentro de las normas de policía y muchas de estas relaciones son de consumo. A ese respecto se completa con la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial.

(7) **Internacionalidad objetiva:** expresamente establecida en el Reglamento sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 2008 (Roma I)³⁵ se refiere a que todas las disposiciones se aplican a los contratos internacionales ya que la autonomía de la voluntad no es tan amplia como para transformar un contrato interno en internacional, es decir, las partes no pueden transformar subjetivamente lo que objetivamente no posee elementos de internacionalidad. Esta exigencia, más que un límite, se encuentra reconocida expresamente en el artículo 2506 sobre la posibilidad de prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de Argentina siempre que sea internacional, previamente explicado cuando tratamos el tema de autonomía de la voluntad en la Jurisdicción Competente, aunque no define lo que entiende por tal expresión. En materia de

³³ Tribunal de Trabajo de Zarate (Argentina), “*Eiras Pérez, L., c. Techint Engmeenng Company S.A.*” 9 de diciembre de 1970, *L.L.*, 142-176.

³⁴ Cámara Nacional de Trabajo, Sala 10°, “*Díaz, Miguel O. v. Altamiranda Nelson y Asociados S.A. y otros*”, 29 de junio de 2001, *RDCO* 2002-571.

elección del derecho aplicable no está reconocida expresamente, pero se puede interpretar que indirectamente alude a los contratos internacionales porque si el carácter de internacional es una exigencia para prorrogar jurisdicción, también lo es para la elección de la legislación aplicable.

Finalmente y con respecto a la elección de leyes con vinculación con el contrato, o la teoría de la conexión real, también denominada “razonabilidad de la elección”, tradicionalmente se exigió que la elección de las partes recayera en una ley estatal que tuviera una conexión o vinculación real y objetiva con algún elemento del contrato, en otras palabras, las partes no podían elegir una ley que no tuviera conexión con la disputa, limitación conocida en el Derecho anglosajón como *theory of the real connection*. Este enfoque del tema está virtualmente abandonado hoy en día, al menos en el ámbito del arbitraje, siendo reconocida en la jurisprudencia arbitral la atribución de las partes de elegir un derecho neutral, esto es que no tenga una relación ni con las partes ni con los lugares de celebración o ejecución del contrato. Tal elección de un derecho neutral puede deberse a muy diversas causas, pero generalmente se vincula a la posibilidad de que la ley elegida sea un punto de equilibrio entre contratantes de muy diversas culturas jurídicas. Según LEIBLE (2011) el Reglamento de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales del 2008 (Roma I) se ha posicionado claramente en este punto y ha establecido que las partes pueden someter el contrato a cualquiera de los derechos de este mundo. No es necesario un especial vínculo material, espacial o un interés especial de las partes con el derecho escogido, pudiendo y debiendo decidir sin intromisión estatal, concediéndoles la posibilidad de elegir un derecho neutral. El Código Civil y Comercial no contiene ningún artículo que restrinja a las partes la posibilidad de elección únicamente entre las que se vinculen real y objetivamente con el sinalagma contractual, al guardar silencio, podemos inferir que no lo establece como límite, más si tomamos sus fuentes, a saber Roma I y el Proyecto del 2003, en el artículo 69.- “Elección del derecho”, en el segundo apartado señala que la elección puede recaer en el derecho de un tercer Estado sin vinculación con el caso, es decir expresamente no recepta la teoría de la conexión real como límite de la autonomía de la voluntad.

4.2. Determinación de la Jurisdicción Competente y del derecho aplicable en defecto de elección por las partes en el Código Civil y Comercial

En virtud de las normas de este Código y de la Constitución Nacional, tema desarrollado en los puntos 2. “Jerarquía de las Fuentes del Derecho Internacional Privado” y 4. “Regulación Jurídica de la Validez Intrínseca de los Contratos Internacionales”, si las partes no eligen la jurisdicción competente ni preseleccionan el derecho aplicable y en caso de ausencia de tratados internacionales, el Código establece las siguientes soluciones:

³⁵ El Reglamento sustituyó a la Convención de Roma de 1980. En la Unión Europea, salvo Dinamarca, está vigente pero no forma parte del Sistema Jurídico Argentino.

4.2.1. Jurisdicción Competente

En el artículo 2650.- "Jurisdicción": "No existiendo acuerdo válido de elección de foro, son competentes para conocer en las acciones resultantes de un contrato, a opción de actor:

- a. los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado. Si existen varios demandados, los jueces del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos;
- b. los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales;
- c. los jueces del lugar donde se ubica una agencia, sucursal o representación del demandado, siempre que ésta haya participado en la negociación o celebración del contrato".

Es una norma alternativa, es decir, el actor puede optar por cualquiera de los jueces enumerados en los diferentes incisos, a saber:

a) los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado, es similar al artículo 2608 sobre Jurisdicción en general: "Domicilio o residencia habitual del demandado. Excepto disposición particular, las acciones personales deben interponerse ante el juez del domicilio o residencia habitual del demandado". En el artículo 2613 define dichos conceptos: el domicilio como el Estado donde reside con intención de establecerse en él y la residencia habitual en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado, es decir sin el elemento subjetivo, la intención o *animus*.

En este inciso adopta el criterio bilateral, es decir el domicilio del demandado ya sea en Argentina o en el exterior, a diferencia del Código anterior que en el artículo 1216 disponía domicilio del deudor si se encuentra en la República (criterio unilateral) aunque la doctrina y la jurisprudencia los interpretaba en forma amplia, conforme a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940. En el caso que existieran varios demandados están habilitados los jueces del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos;

b) los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones: a los efectos de la determinación de la jurisdicción, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "*Exportadora Buenos Aires Sociedad Anónima c/ Holiday Inn's Worldwide Inc.*" del 20 de octubre de 1998, entiende por lugar de cumplimiento cualquier lugar de cumplimiento, no sólo el de la prestación más característica, tanto donde el demandado debió cumplir y no cumplió, como donde el actor debió cumplir y cumplió, dando certeza a la pluralidad de foros concurrentes para asegurar el derecho de las partes a acceder a la justicia;

c) domicilio especial: prevé el supuesto de acciones dirigidas contra sociedades y declara competentes a los jueces del lugar donde se ubica la agencia, sucursal o representación permanente siempre que participaren en la negociación o celebración del contrato, es un domicilio especial, solución similar a los Tratados de Montevideo de Derecho Comercial de 1889 y de Derecho Comercial Terrestre de 1940.

Supuesto Especial: Contratos de Consumo: en materia de contrato de consumo, prohíbe la prórroga de jurisdicción en la Sección 12º (Contratos de Consumo) en el 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”.

En primer lugar la norma diferencia según quien presente la demanda: si es el consumidor el que demanda, prevé un abanico de foros disponibles, razonablemente previsibles. Dicho de otra manera, una pluralidad de jueces competentes ya sea por el lugar de celebración, de cumplimiento, de situación del bien, de la garantía del domicilio del demandado, del lugar de la sucursal o agencia del demandado en la medida en que hayan intervenido en la operatoria. Es una norma alternativa a opción del consumidor - actor y en principio podríamos decir que esa pluralidad de jueces competentes es para protección del consumidor, pero en realidad queda desprotegido ya que no está contemplada la posibilidad de demandar ante los jueces de su domicilio o residencia habitual, que es la que le otorga el máximo nivel de protección.

En cambio si el consumidor es el demandado, es decir el actor es el fabricante, vendedor, distribuidor, prestador del servicio hay un único juez competente que es el del Estado del domicilio del consumidor.

Además, esta norma se tiene que completar con el artículo 1109 del Libro Tercero (Derechos Personales) Título III (Contratos de Consumo) que en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia³⁶ y con utilización de medios electrónicos o similares, considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación, fijando en ese lugar la jurisdicción aplicable y dejando sin efecto toda cláusula de prórroga de jurisdicción y con el artículo 1651 del Libro Tercero (Derechos Personales) Título IV (Contratos en particular) Capítulo 29 (Contrato de arbitraje) que excluye del objeto de arbitraje diversas materias, una de ellas las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores.

4.2.2. Derecho Aplicable

El Código Civil y Comercial, en cuanto a la ley aplicable a la validez intrínseca, adopta una solución más sencilla que la del Código de Vélez Sarsfield, que partía de un criterio rígido en el cual diferenciaba, según la interpretación doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria, si el contrato tenía contactos con Argentina, le aplicaba la ley del lugar de cumplimiento, siguiendo la postura de Savigny pero si no

³⁶ Conforme al artículo 1105 del Código Civil y Comercial, los contratos a distancia son los celebrados entre el proveedor y consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, es decir los medios que pueden ser utilizados sin la presencia física, simultánea de las partes, en especial medios postales, electrónicos, de telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa. La justificación de la extensión de esta normativa a los contratos internacionales la reafirmo al final del trabajo, al desarrollar los artículos 1107 y 1110.

presentaba contacto con Argentina (teniendo en cuenta el Estado de celebración o ejecución), le aplicaba la ley del lugar de celebración, siguiendo a Story. La causa de este juego de soluciones se debía a que tomó dos fuentes diferentes con posturas encontradas. En cambio el Código hoy vigente aplica las leyes y usos del lugar de cumplimiento, teoría de Savigny, siguiendo la línea de los Tratados de Montevideo y de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de México 1994.

En el artículo 2652.- “Determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes”, dispone: “En defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento. Si no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración. La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada”.

Es de destacar que dice “leyes y usos”, es decir incorpora como fuente los usos y las costumbres del lugar de cumplimiento, parecería que el legislador se refiere a la tan elusiva *lex mercatoria* y a los Principios de UNIDROIT.

En la búsqueda de la ley aplicable en materia contractual se emplea un criterio intermedio, ya que el legislador, para facilitar la labor de los jueces, indica una serie de reglas subsidiarias destinadas a determinar lo que se entiende por lugar de cumplimiento, en virtud de la tradición jurisprudencial argentina, frente a otras opciones propias de los sistemas anglosajones, que no tuvieron buena recepción en nuestro medio por su excesiva flexibilidad. Nos referimos a la denominada *proper law of the contract*, es decir la ley que posee vínculos más estrechos, aunque veremos que en algunos artículos utiliza dicha fórmula, por ejemplo como cláusula de excepción. Posteriormente define el lugar de cumplimiento, es una calificación en cascada, autárquica, con enunciados en orden jerárquico y es una norma subsidiaria. Se entiende por lugar de cumplimiento:

- 1) En primer lugar, el establecido por las partes expresamente en el contrato.
- 2) Si las partes no lo designan expresamente, el que resulta de la naturaleza de la prestación.
- 3) En caso de contratos recíprocos, sinalagmáticos, es decir con prestaciones en cabeza de ambas partes, el lugar del domicilio actual del deudor que debe cumplir la prestación más característica. La localización no está en el lugar en que se debe cumplir físicamente la prestación más característica, sino en el domicilio del deudor que debe cumplir la prestación más característica, entendiendo por tal expresión, por ejemplo, en un contrato de compraventa no es donde se debe pagar la suma de dinero sino donde se deben entregar las mercaderías o donde se encuentra el objeto del contrato. Se identifica la preferencia del Derecho de la parte cuya prestación es más compleja o la conducta que más satisface el fin económico del negocio jurídico.
- 4) En los contratos en donde no localizamos la prestación más característica, por ejemplo en las operaciones de comercio compensatorio, permuta internacional, contrato de distribución, se rige por las leyes y usos del lugar de celebración.

En la última parte de la norma se refiere a los contratos entre ausentes, es decir los contratos en los cuales no existe un Estado de celebración, siguiendo al Tratado de Montevideo de 1940 en cuanto a un elemento del contrato que es el consentimiento, dispone que el perfeccionamiento se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada.

Cláusula de excepción: el tema se completa con el artículo 2653.- “Cláusula de excepción”. “Excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso”. Esta cláusula funciona como cláusula de reserva, es por vía de excepción y faculta al juez, a pedido de parte y teniendo en cuenta los elementos objetivos y subjetivos del contrato, a aplicar el derecho del Estado con el cual la relación jurídica presenta vínculos más estrechos. Las condiciones para que el juez pueda aplicar esta excepción son:

- a) A pedido de cualquiera de las partes
- b) No ejercicio de la autonomía de la voluntad

Ahora bien, en cuanto al significado de la expresión “vínculos más estrechos”: no se puede interpretar sólo por proximidad geográfica, es por la seguridad del tráfico y por exigencia de eficacia económica. Esta postura se identifica con el criterio flexible adoptado por la doctrina anglosajona de la *proper law of the contract* en Estados Unidos (a través de consagrar *the most significant relationship*) relacionándolo con el medio económico y social en que el contrato se inserta, adquiriendo el juez un rol importante en la determinación de la localización. El Reglamento de Roma (Roma I) en su artículo 4º adopta esta solución y establece una serie de presunciones que ayudan a determinarlo, dejando al juez un amplio margen de apreciación aunque no es exclusivo arbitrio del mismo.

- a) *Presunción General:* la prestación más característica será el primer elemento a tener en cuenta, entonces el primer lugar será la residencia habitual de la parte que tenga que cumplir con la prestación más característica del contrato.
- b) *Presunciones Especiales:* se dan en los contratos en particular: por ejemplo en los contratos cuyo objeto sea un derecho real inmobiliario o un derecho real de utilización de un inmueble, se presumirá que el país que tiene los vínculos más estrechos es el país en el que el inmueble se sitúe. En los contratos de transporte, cuando el transportista y expedidor tengan su establecimiento en un mismo Estado, se presume que el contrato tiene vínculos más estrechos con ese país.

Con respecto a la interpretación del artículo 4º de Roma I encontramos dos posiciones: quienes sostienen que el juez debe seguir en forma fiel estas presunciones, prima la seguridad jurídica y la previsibilidad y quienes le atribuyen un carácter exclusivamente presuntivo, dando total flexibilidad al juez. En nuestro país, la jurisprudencia decidirá si toma en cuenta estas presunciones de la Convención de Roma y cuál de sus interpretaciones.

Supuesto Especial: Contratos de consumo: el legislador no reguló los distintos tipos de contratos internacionales en particular, como los contratos sobre inmuebles, los de trabajo, la representación, la

cesión de crédito, el contrato de *leasing*, franquicia, de transporte de cosas, de seguro, considerando que era preferible dejar en manos del juez la concreta adaptación de las normas generales a las particularidades concretas del caso. El único regulado es el contrato de consumo con el objeto de proteger a la parte más débil del mismo que requiere la tutela del ordenamiento jurídico. La definición de consumidor la encontramos en el artículo 1092: "...Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social", es decir son consumidores tanto las personas humanas como jurídicas siempre que adquieran bienes o utilicen servicios para su consumo personal o de su grupo familiar, englobado al consumidor contratante o jurídico y al consumidor no contratante o material, quien usa los bienes o servicios sin haberlos contratado o adquirido directamente. Expresamente excluyó al tercer consumidor o *'bystander'* es decir quien se encuentra expuesto a una relación de consumo, incorporado por la Ley 26.36. Muchos autores, entre ellos GHERSI (2012), consideran inconstitucional esta exclusión porque violenta el principio de progresividad en materia de Derechos Humanos. El artículo 2655.- "Derecho aplicable" establece: "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".

Esta norma específica excluye la autonomía de la voluntad en forma total a favor del consumidor, pero diferencia, con respecto al Derecho aplicable al contrato de consumo, entre consumidor pasivo y activo.

En los casos en que el consumidor es pasivo o sedentario, es decir es la otra parte, el proveedor, el que va en su búsqueda, o conforme SCOTTI (2007) el consumidor es "asaltado" en su propio país por actividades comerciales de un empresario radicado en otro, por lo tanto, generalmente desconoce la internacionalidad del contrato y sus riesgos, con lo cual su debilidad se acentúa. En esos casos es aplicable la ley del domicilio o residencia habitual del consumidor, pero, como es necesario resguardar los derechos de ambas partes, la aplicación del Derecho domiciliario del consumidor se justifica en los casos enumerados por la norma, similares a los establecidos en el artículo 5 de la Convención de Roma de 1980 que determina que la autonomía de la voluntad no podrá excluir la aplicación de las normas y leyes imperativas de protección del país de residencia habitual del consumidor si:

a) la oferta, publicidad o algún acto de concertación del contrato aconteció en este país, por ejemplo, la publicidad para un crucero marítimo organizado en un país fue efectuada en la televisión abierta o de cable de otro Estado;

b) el proveedor o su representante recibiera la reserva, o realizara la contratación en el país de residencia habitual del consumidor por ejemplo, los contratos de tiempo compartido en un Estado, celebrados y reservados en un Estado diferente con consumidores residentes en el Estado de celebración;

c) cuando se trate de la venta de productos y el consumidor viajase para adquirir esos productos pero el viaje fuera organizado por el proveedor con esta finalidad de contratación, por ejemplo, las excursiones organizadas para adquirir productos en una zona franca o en una determinada fábrica en el exterior.

El caso del contrato de viaje internacional previsto en el inciso c) se trata de un contrato sumamente complejo, pues el viaje turístico es, en sí mismo, un servicio complejo considerado en forma global que suele incluir transporte por vía terrestre, aérea, marítima; alquiler de automóviles; hotelería; restaurantes; excursiones y muchos otros aspectos que incluyen además el financiamiento a través de tarjetas de crédito o cualquier otro medio, en el cual coexisten diferentes contratos frente a una única prestación consistente en el pago del precio por parte del turista, que es un consumidor. Si bien se trata de un consumidor activo que asume ciertos riesgos, porque el contrato de viaje internacional se desarrolla en un Estado diferente al del domicilio de alguna de las partes, y que conoce, o debería conocer, la internacionalidad de su relación, no es menos cierto que estamos refiriéndonos a prestaciones que habrán de ejecutarse en un lugar donde el turista se encuentra ocasionalmente, en un ámbito jurídico distinto del propio, lejos de su residencia habitual. Durante este periodo de alejamiento, su principal problema es la falta de información y la dificultad para obtenerla, sobre todo si no domina el idioma del país visitado, no conoce las leyes del lugar que visita, ni a las autoridades ante las cuales ha de hacer valer sus derechos en caso de requerirlo. Por tales razones debe gozar de una mayor protección, por lo cual nuestro Código Civil y Comercial no admite la autonomía de la voluntad en este tipo de contratos (como ya lo señalamos) y los somete a la ley del domicilio del consumidor.

En los demás casos, se trata de un consumidor activo, en consecuencia se rige por la ley del lugar de cumplimiento y en su defecto, es decir subsidiariamente, por la ley del lugar de celebración. La doctrina europea propone algunas soluciones correctivas pudiendo el juez del foro aplicar en principio las normas de protección del consumidor de su propio ordenamiento, en virtud de considerarlas normas internacionalmente imperativas o la aplicación del derecho extranjero designado siempre que tenga el mismo nivel de protección.

Finalmente, se contemplan supuestos de comercialización a distancia, en el artículo 1107.- "Información sobre los medios electrónicos". Contempla la obligación del proveedor de informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para la correcta utilización y comprensión de los riesgos de la utilización de técnicas de comunicación electrónica o similares en la celebración del contrato de consumo y por el artículo 1110 el

derecho irrenunciable del consumidor de revocar la aceptación dentro de los diez días computados a partir de la celebración del contrato, salvo que la aceptación sea posterior a la entrega del bien, situación en que el plazo comenzará correr desde que esta última se produce.

Si bien estas disposiciones se encuentran en la sección referida a los contratos de consumo internos, consideramos que se aplican a los contratos de consumo internacionales porque las técnicas de información y comunicación permiten comunicaciones ubicuas y sincrónicas, mediatizadas por computadoras, así como celebrar contratos en forma instantánea entre personas que se encuentran en diferentes Estados, muchas veces, sin tomar conocimiento de tal internacionalidad, nota característica de la "nueva economía". La era industrial se caracterizó por la acumulación del capital y de la propiedad física, en cambio, en la nueva era lo estimable son las formas intangibles de poder que se presentan en paquetes de información y en activos intelectuales, por lo que el carácter físico de la economía se reduce. El equivalente de Internet en la era industrial era la fábrica: lo que era la fábrica en la gran organización en la era industrial, es Internet en la era de la información. El hecho es que se avanza hacia la desmaterialización de los productos físicos, en un mundo hiperconectado e inteligente, donde las fronteras se diluyen y se reduce el tiempo y el espacio, lo que ocasiona que estemos frente a un fenómeno intrínsecamente internacional.

Los documentos se digitalizan y pueden almacenarse en soporte informático o transmitirse por la red³⁷. Según la interpretación de NEGROPONTE (1995), entre las principales características de esta digitalización y de los bienes digitales, en contraposición con los analógicos, se encuentran la ubicuidad, o ausencia de espacio, estar en todas partes al mismo tiempo por la facilidad de envío a cualquier parte en forma instantánea, y lo que es más revolucionario, liberarla de los propios objetos y de sus características materiales y hacerla residir en espacios no topológicos – el ciberespacio – como las redes informáticas, accesibles desde cualquier lugar del mundo en tiempo real. Otra de las características es la no localización, es decir muchas de las comunicaciones que se transmiten a través de la Red carecen de vínculos que permitan ubicarlas en algún lugar físico, razón por la cual la única ubicación reconocible para las mismas es en la Red. Dicha característica hace que los bienes digitales sean no localizables territorialmente, se pueden realizar transacciones simultáneas entre personas que no se conocen e involucran a una pluralidad de agentes y en muchos casos no se puede conocer la dirección física de la contraparte, por lo tanto, consumir mediante la utilización de las modernas técnicas de comunicación es un fenómeno internacional que caracteriza a la era digital³⁸.

³⁷ La digitalización es el proceso mediante el cual un mensaje se convierte en una sucesión de impulsos eléctricos, equivalente a dígitos combinados, código binario, el 0 o el 1, en realidad es una serie de apagado y prendido de impulsos combinados. Estos dígitos son los llamados bits. En el mundo de la computación, digitalizar es introducir información en el disco duro utilizando algún aparato periférico a la computadora.

³⁸ Para consultar las demás características de los bienes digitales, ver NEGROPONTE, N. (1996).

5. Conclusión

En materia de contratación internacional la nueva normativa viene a cubrir una imperiosa necesidad. El reconocimiento expreso de la autonomía de la voluntad tanto desde el campo del Derecho aplicable como de la jurisdicción competente se compatibiliza con toda la legislación actual de los demás Estados, la de los espacios integrados y con las tendencias internacionales. En igual sentido, recepta aunque tímidamente, las modernas formas de contratación, diversos supuestos de comercialización a distancia ampliando la expresión "por escrito" a las nuevas tecnologías, a los instrumentos generados por medios electrónicos, en cualquier soporte electrónico u otra tecnología similar, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, tan utilizado en los negocios internacionales.

Además es de destacar la jerarquía supralegal de los Tratados Internacionales, como parte de un único orden jurídico que debe respetar principios y derechos, entre ellos la libertad, contenidos en instrumentos jurídicos de mayor jerarquía, esto es la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, en especial, sobre Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional conforme al artículo 75 inc. 22 de la Carta Magna.

En materia de determinación del Derecho aplicable frente a la ausencia de la autonomía de la voluntad, también es adecuada la simplificación de la solución, es decir someter el contrato a la ley del lugar de cumplimiento conforme los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, otorgando certeza y seguridad jurídica para el desarrollo del comercio internacional.

Particularmente, en materia de contratos de consumo internacional nos parece atinada su normativa tuitiva excluyendo de este tipo de negocios toda forma de ejercicio de autonomía de la voluntad por ser el contratante débil, así como la inclusión del contrato de viaje por servicio combinado dentro de esta clase de contratos, los que merecen ser protegidos ampliamente en la esfera internacional.

Si bien podemos afirmar que el balance del Código Civil y Comercial en materia de contratación internacional es positivo, no lo excluye de determinadas observaciones a analizar.

En primer lugar, la Sección 11ª se titula "Contratos sin especificar" que se refiere exclusivamente a los contratos internacionales, creemos que debería aclararlo y calificar la internacionalidad objetiva como lo dispone el Proyecto del 2003, ya que como expresamente admite el ejercicio de la autonomía de la voluntad en materia contractual, tanto en la elección del foro como del Derecho competente, no debe dejar lugar a dudas que la voluntad de las partes no puede ser tan amplia como para transformar un contrato que nació nacional en internacional.

En segundo término, no regula los distintos tipos de contratos internacionales en particular, únicamente los de consumo, a diferencia de los Proyectos de 1998/1999 y de 2003 los cuales se basan en las soluciones y convenciones más recientes. El legislador ha preferido dejar en manos del juez la concreta adaptación de las normas generales a las particularidades concretas del caso, consideramos que al atribuirles amplias facultades a los jueces no aporta certeza ni seguridad jurídica a los negocios internacionales.

En tercer lugar, compartiendo la objeción de FELDSTEIN DE CÁRDENAS (2015) en materia de contratos de consumo ha previsto un abanico de foros disponibles, todos ellos razonablemente previsibles, a favor del consumidor actor, no obstante no lo faculta para demandar ante los jueces de su propio domicilio sustrayéndolo del foro más accesible para la protección de sus derechos, a contramano de las modernas tendencias. En cuanto al Derecho aplicable, otorga el máximo nivel de protección al consumidor pasivo aplicándole la ley de su propio domicilio. No obstante cuando se trate de consumidor activo, a excepción del contrato de viaje, la ley aplicable es la del lugar de cumplimiento y en su defecto la del lugar de celebración, pensamos, como la doctrina europea, que se deberían corregir los efectos perturbadores que para el consumidor activo pueden derivarse de una sumisión al Derecho extranjero, pudiendo el juez del foro aplicar en principio las normas de protección del consumidor de su propio ordenamiento, en virtud de considerarlas normas internacionalmente imperativas o la aplicación del Derecho extranjero designado siempre que tenga el mismo nivel de protección.

En cuarto lugar, la expresión “los vínculos más estrechos” como cláusula de excepción o escapatoria es un concepto esquivo plausible de diversos significados, otra vez atribuyéndole al juez facultades excepcionales, a la vez que un amplio margen, a diferencia de la Convención de Roma que adopta esta solución pero establece una serie de presunciones que lo ayudan a su determinación.

En último lugar, se excluyó de la protección al contrato de trabajo, al trabajador que se desplaza temporalmente al extranjero, o presta sus labores sucesivamente en diferentes Estados, o bien, se celebra en el extranjero, ya que nuestra jurisprudencia, en los casos anteriormente citados³⁹ interpretó que el artículo 3 de la Ley de Contrato de Trabajo, al guardar silencio sobre la facultad de las partes de preseleccionar libremente el derecho, permitió la autonomía de la voluntad. Pensamos que se debería incluir una protección para todas las personas consideradas más débiles jurídicamente, trabajador, asegurado, prever el abuso de la posición dominante en el mercado, aplicando el *favor debilis*, principio general del Derecho Internacional Privado (SCHÖTZ, 2013) como límite a la autonomía de la voluntad.

Fecha de recepción: 11-08-2015

Fecha de aceptación: 05-10-2015

6. Referencias Bibliográficas

6.1 Libros

- ALCORTA, A. (1927) *Curso de derecho internacional privado*. Facultad de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1927.
- BIOCCA, S.M. (2004) *Derecho Internacional Privado Un Nuevo Enfoque. Parte Especial (Cont.)*. 1º Edición. Buenos Aires, Lajouane, 2004.

³⁹ Ver el Punto 4.1.3 (5).

- BIOCCA, S.M. *et. al.* (1990) *Lecciones de Derecho Internacional Privado Parte General*. 2º Edición. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997.
- BOGGIANO, A. (1993) *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de la Relaciones Privadas Internacionales*. Segunda Edición Ampliada y Actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- CALANDRELLI, A. (1911) *Cuestiones de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires, 1915.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. (2000) *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. (1995) *Contratos Internacionales. Contratos celebrados por ordenador. Lex mercatoria*. Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1995.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. (1994) *Reformas al Código Civil Derecho Internacional Privado*. Vol.18 Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
- GOLDSCHMIDT, W. (1970) *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia. Basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico*. 7º Edición, Buenos Aires, Depalma, 1990.
- KALLER DE ORCHANSKY, B. (1991) *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*. 5º Edición, Buenos Aires, Plus Ultra, 1997.
- LAZCANO, C.A. (1965) *Derecho Internacional Privado*. Editorial Platense. La Plata, 1965.
- LORENZETTI, L. *et.al.* (2012) *Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*, 2012. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales-2/> [Fecha de consulta: 29/7/2015]
- NEGROPONTE, N (1996) *Being Digital*. Coronet, Londres, 1996.
- OPPERTI BADAN, D.; FRESNEDO DE AGUIRRE, C. (1997) *Contratos Comerciales Internacionales*. Buenos Aires – Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997.
- WEINBERG DE ROCA, I. (1997) *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires, Depalma, 1997.

6.2. Revistas

- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. (1998) “Los Contratos Internacionales en el Derecho Internacional Privado Argentino: ¿Una Asignatura Pendiente?” Moka S.A. c/ Graiver, David s/ Sucesión s/ Cobro de Pesos. En *La Ley*, LL 1998-E, 788 (SUMARIO); ED 179-140.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. (2015) “Desprotección del consumidor transfronterizo. Hitos en el derecho latinoamericano contemporáneo”. En *La Ley* 2015-B, Año LXXIX N° 52, 1-7.
- GARRO, A.; ZUPPI, A. (2015) “El Nuevo Código Civil y Comercial y la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional. Oferta y Contraoferta- Plazo para Revocar la Oferta en los Contratos entre Ausentes – Distinción entre Compraventa y Locación de Obra – Responsabilidad del Vendedor por la Falta de Conformidad de las Mercaderías: Aciertos y Desaciertos” [En Línea] Disponible en Web: http://www.sbm.com.ar/assets/pdf/prensa/nuevo_codigo/CCyCo_CISG_AGAZ.pdf

- GHERSI, C. (2012) “Anteproyecto de Código Único 2012. ¿Los derechos de los consumidores o de las empresas?”. En *Microjuris*, 16 de abril de 2012, MJ-DOC-5755-AR | MJ5755.
- LEIBLE, S. (2011) “La Importancia de la Autonomía Conflictual para el futuro del Derecho de los Contratos Internacionales”. En *Cuadernos de Derecho Transnacional* Universidad Carlos III de Madrid, Área de Derecho Internacional Privado, 2011, Vol. 3, N° 1, pp. 214-233.
- PERUGINI ZANETTI, A. M. (2012) “Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. En *El Derecho*, Buenos Aires, 2012. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/panorama-general-capitulo-i-titulo-iv.pdf>. [Fecha de consulta: 17/7/2015]
- SCHÖTZ, G. (2013) “El *favor debilis* como principio general del Derecho Internacional privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas”. En *Ars Iuris Salmanticensis*, Universidad de Salamanca, 2013, Vol. 1, 115-150.
- UZAL, M.E. (2015) “Actualización Código Civil y Comercial Clase 20 Módulo IV”. *Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, 30/06/2015 [En Línea] Disponible en Web: <http://www.cpacf.org.ar/noticia.php?id=3185&sec=118>.

6.3. Capítulos de libros

- FERNÁNDEZ ARROYO, D. (2014) “Disposiciones de Derecho Internacional Privado”. En RIVERA, J.C.; MEDINA, G. (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo VI, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2014.
- SCOTTI, L. (2007) “La (des)protección del ciberconsumidor en América (Una mirada desde la Argentina y Mercosur)”. En D.P. Fernández Arroyo, D. P. y J.A. Moreno Rodríguez (Coord.), *Protección de los consumidores en América. Trabajos de la CIDIP VII (OEA)*, Asunción, CEDEP, LA Ley Paraguaya, 2007, pp. 519- 536.

6.4. Legislación

- *Código Civil y Comercial de la Nación* (2015) 1° ed., *Infojus*, Ciudad Autónoma de Buenos.
- *Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado argentino de 2003*. [En línea] Disponible en: www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/.../tp037/2016-D-04.pdf [Fecha de consulta: 1/8/2015]
- ONU (1980) *Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980* V.10-56996— Febrero 2011—650.
- ONU (1969) *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969* Vol. 1155, 1-18232, 1980.

- *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, Roma, UNIDROIT, 2007, Art. 1.6(2) Principios UNIDROIT.

6.5. Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia de la Nación "*Tactician Int. Corp. y Otros c / Dirección de Fabricaciones Militares*", 15 de marzo de 1994, *LL 1995-C*, 128.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación "*Méndez Valles, Fernando c/ Pescio A. M. s/ ejecución de alquileres*", 26 de diciembre de 1995, *LL 1996-C*, 499-507.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, "*Exportadora Buenos Aires Sociedad Anónima c/ Holiday Inn's Worldwide Inc.*" 20 de octubre de 1998, *E. 347. XXXII*.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, "*Raij Kruchik, Abraham c. Banco Hipotecario S.A.*". 20 de marzo de 2007 [En Línea] Disponible en Web: http://fallos.diprargentina.com/2010/09/raij-kruchik-abraham-c-banco_08.html.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, "*Caterpillar Financial Services Corporation c. Guidobono, José M.*". 1 de noviembre de 2007 [En Línea] Disponible en Web: <http://fallos.diprargentina.com/2009/12/caterpillar-financial-services.html>.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "*Standard Bank London Ltd. y otros c. Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland y otro.*". 7 de agosto de 2007 [En Línea] Disponible en Web: <http://fallos.diprargentina.com/2007/12/standard-bank-london-ltd-c-ancap-cncom.html>.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, "*Financiera Ludicor S.A. c. Telecom Stet France Telecom S.A.*". 11 de marzo de 2004 *JA 2004-III*, 715.
- Cámara Nacional del Trabajo, Sala 10ª, "*Díaz, Miguel O. v. Altamiranda Nelson y Asociados S.A. y otros*", 29 de junio de 2001, *RDCO 2002-571*.
- Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial N° 13, "*Treviso, Pablo, S.A. y Otros c / Banco Argentino de Comercio*", 31 de agosto de 1976 *E.D.*, t. 77, pp. 428- 441.
- Tribunal de Trabajo de Zarate (Argentina), "*Eiras Pérez, L., c. Techint Engmeenng Company S.A.*", 9 de diciembre de 1970, *L.L.*, 142-176.

EL NUEVO CÓDIGO CIVIL COMO UNA HERRAMIENTA IGUALITARIA: LA REGULACIÓN DEL APELLIDO DE LXS HIJXS

Por **Liliana Ronconi**

Recibido: 31.08.2015

Aceptado: 29.09.2015

RESUMEN

Históricamente, lxs padres, han tenido derecho a elegir el nombre de pila de sus hijxs conforme las pautas establecidas, particularmente la ley N° 18.248. Ahora bien, no ha sucedido lo mismo en el caso del apellido. Salvo excepciones (básicamente falta de reconocimiento o ausencia del progenitor) se ha colocado obligatoriamente a lxs hijxs el apellido del padre. La regulación del apellido de lxs hijxs resultó modificada con el reconocimiento del matrimonio igualitario. Sin embargo, esta no rompió con la situación de desigualdad padecida por las mujeres casadas con hombres o cuyxs hijxs fueran reconocidos por hombres. Esta situación ha sido reformada en el nuevo Código civil. ¿En que se fundamenta este cambio? Básicamente en entender que la “antigua” legislación implicaba prácticas discriminatorias en perjuicio de las mujeres. Demostrar esta circunstancia es el objeto de este trabajo, como asimismo, indicar que la modificación legal que implica el nuevo Código Civil resultaba necesaria a fin de que dar lugar a situaciones de “reconocimiento”.

PALABRAS CLAVE

Igualdad- Apellido- Hijxs- Código Civil

THE NEW CIVIL CODE ACTING AS AN EQUALITARY TOOL: THE SON'S SURNAME REGULATION

By **Liliana Ronconi**

ABSTRACT

Historically, both parents have had the right to choose the name of their children, under the regulation of the so called "law of name" (No. 18.248). However, this has not been the same in the case of the surname of the children. With a few exceptions (e.g. non-recognition or absence of a parent) compulsorily the children take the father's name. The regulation of children's surname was modified with the recognition of same sex marriage (or "equal marriage"). However, this did not change the situation of inequality suffered by women married to men or children recognized by men. This situation has been restored in the new Civil Code. Which are the reasons of this modification? Basically, the "old" legislation implied discriminatory practices against women. My aim in this paper is to demonstrate this fact and, indicate that the legal change was necessary in order to give rise to situations of "recognition".

KEY WORDS

Equality-Surname -Children- Civil Law

EL NUEVO CÓDIGO CIVIL COMO UNA HERRAMIENTA IGUALITARIA: LA REGULACIÓN DEL APELLIDO DE LXS HIJXS

Por Liliana Ronconi*

1. INTRODUCCIÓN

Desde unos años se ha comenzado a hablar del proceso de “constitucionalización del derecho privado”. Este proceso implica un fuerte impacto de los derechos fundamentales en la regulación de las relaciones entre particulares. Hoy en día, es posible hablar de un proceso de mayor peso: la necesaria influencia del derecho internacional de los derechos humanos en la regulación de las relaciones de particulares entre sí y con el Estado. Esto se ve reflejado en la normativa constitucional desde la reforma de la Carta Magna en el año 1994, en especial mediante el otorgamiento de jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia” a diferentes instrumentos de derechos humanos.

Sin embargo, este proceso no ha estado exento de problemas. Quizá el principal ha sido la obsoleta normativa (infraconstitucional) que hasta hace pocos días (últimos días del mes de julio del año 2015) continuaba regulando las relaciones entre privados: el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield y aprobado *a libro cerrado* el [25 de septiembre](#) de [1869](#), mediante la [Ley N° 340](#), entrando en vigencia el [1 de enero](#) de [1871](#) y sus normas complementarias, en particular la Ley del Nombre, N° 18.248, del 10 de junio de 1969, fuertemente reformada en el año 2010 por la Ley de Matrimonio Igualitario, N° 26.618. Pese a la necesidad de constitucionalizar el derecho privado, estas normas han mantenido su vigencia y, en muchos casos, en abierta contradicción con los principios fundamentales emanados del derecho internacional de los derechos humanos e incluso la propia normativa constitucional.

Sin embargo, a partir de 1º de Agosto de este mismo año entró en vigencia un nuevo Código Civil y Comercial, Ley N° 26.994. En particular nos interesa rescatar que el nuevo Código Civil no implica solamente una modificación en la regulación de las actividades y relaciones entre particulares, sino principalmente se hace eco de, y toma para sí, la implicancia de los derechos humanos en todos los ámbitos del derecho, en especial, asume una mirada fuerte del principio de igualdad en las relaciones entre particulares. Al respecto, sostienen HERRERA y CAMELO (2015: 11) que “la aludida

* Abogada. Becaria doctoral Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Investigadora adscripta, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “L. A.

“constitucionalización del derecho privado”, además de ampliar —de manera humanizada— el horizonte del derecho privado, interpela a los operadores jurídicos a profundizar y extender el conocimiento a desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales extra civiles y comerciales, interpretando de manera permanente si la legislación infraconstitucional respeta reglas, principios y valores de derechos humanos”.

En este sentido, nos proponemos analizar el derecho que tienen lxs progenitores en la elección del apellido que llevarán sus hijxs. Para esto realizaremos un recorrido histórico sobre cómo ha sido su regulación en la normativa nacional, identificando 3 etapas: a) antes de la sanción de la ley de matrimonio igualitario en julio de 2010; b) desde esa fecha hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (1/08/2015); c) desde el 1º de agosto de 2015 en adelante. En cada una de estas etapas, identificaremos los problemas que esa normativa tiene a la luz de una concepción robusta de igualdad.¹

2. LA REGULACIÓN DEL APELLIDO DE LOS HIJOS A LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El nombre, compuesto por el nombre de pila y el apellido, es un atributo de la persona. En nuestro país se encuentra legislado por normas de derecho común y reglamentarias de derecho local; sin embargo, no debe perderse de vista que el fundamento del derecho al nombre es constitucional/convencional (art. 75 inc. 22, precisamente, los artículos 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño; artículo 18 del Pacto de San José de Costa Rica).

Hasta la sanción del nuevo Código Civil la regulación del apellido de los hijos se efectuó mediante la ley del nombre, Ley N° 18.248 vigente desde el año 1969. Esta ley sufrió una importante modificación en cuanto a la regulación del apellido de los hijxs en el año 2010, al sancionarse la ley de matrimonio igualitario, Ley N° 26.618, al incorporar la opción de elegir el apellido de los hijos en las parejas del mismo sexo. Esta regulación es completamente modificada en el nuevo Código Civil y Comercial. Así, en la regulación del apellido de lxs hijxs, analizadas a la luz del principio de igualdad, es posible identificar 3 etapas. Nos detendremos en lo que sigue al análisis de estas etapas a fin de determinar porque era importante su modificación y cuán valiosa resulta la nueva normativa.

2.1 El Código Civil de Vélez y la Ley del Nombre

El Código Civil histórico no reguló la situación del nombre de las personas, sino que dejó el tema para su regulación por una ley especial. Esta ley se sancionó en el año 1969, y fue conocida como la Ley del Nombre (ley N° 18.248).

En lo que aquí interesa, esta ley establece lo siguiente: “Art. 4º *Los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre. Si el*

Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina, email: lmronconi@gmail.com.

¹ Sobre Concepciones de igualdad, v. SABA, 2012; CLERICO, RONCONI, ALDAO, 2013.

interesado deseara llevar el apellido compuesto del padre o el materno, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los 18 años. Una vez adicionado, el apellido no podrá suprimirse”.

El siguiente art. 5° reza: “*El hijo extramatrimonial reconocido por uno solo de sus progenitores adquiere su apellido. Si es reconocido por ambos, sea simultánea o sucesivamente, adquiere el apellido del padre. Podrá agregarse el de la madre, en la forma dispuesta en el artículo anterior. Sin embargo, si el reconocimiento del padre fuese posterior al de la madre, podrá, con autorización judicial, mantenerse el apellido materno cuando el hijo fuese públicamente conocido por éste. El hijo estará facultado también, con autorización judicial, para hacer la opción dentro de los dos años de haber cumplido los dieciocho años, de su emancipación o del reconocimiento paterno, si fuese posterior. Si la madre fuese viuda, el hijo llevará su apellido de soltera.”*

De esta manera, el apellido de lxs hijxs históricamente fue determinado por el hombre, y en su defecto (por ejemplo, en casos de hijxs no reconocidos por el padre) por la mujer. Así, los legisladores privilegiaron el sistema del apellido único paterno, aunque con algunas excepciones. En este sentido, si bien se permite en el caso de hijos matrimoniales la inscripción de ambos apellidos, la regla es que siempre primero se coloca el del padre y luego (en forma opcional) el de la madre.

Así, es necesario indagar el motivo que justifica esta distinción entre hombres y mujeres en lo que respecta a la elección del apellido de los niños/as. De esta manera, podremos demostrar que el establecimiento del apellido por el hombre encierra prácticas discriminatorias en perjuicio de las mujeres.

La pregunta que sigue es la siguiente ¿constituyen las normas relativas a la elección de apellido de lxs niñxs, una distinción injustificada basada en el sexo? ¿Cuál es la razón fundamental de esta distinción?

La respuesta positiva se impone. Veamos.

Aún antes de la reforma constitucional del año 1994 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre las diferencias permitidas (y prohibidas) en base al sexo de las personas. Así, en un caso donde se impugnaba el decreto 7673/55 que privaba del estado policial a las mujeres, permitiéndole a los hombres optar entre mantenerlo o pasar a revistar en el escalafón del personal civil, sostuvo que: “la discriminación que efectuó el decreto 7673/55, al negar al personal femenino la opción que sí acordó al masculino para mantener el estado policial, carece de base que la sustente; pues, si algo evidencian las constancias reseñadas, es que no existía razón valedera alguna que autorizara a suponer que el personal femenino, *sólo por ser ta♀*, se encontraba impedido para desempeñar sus funciones conservando aquél estado policial.”³. En este precedente la Corte fijó el principio de que no se puede establecer una diferencia entre varones y mujeres por aquella sola condición, sino que deben existir otros motivos que justifiquen establecer la diferenciación.

La discriminación hacia la mujer, en sus distintos aspectos, también fue reconocida por los convencionales constituyentes del año 1994 que en distintos artículos, y por medio de acciones positivas,

² Énfasis agregado.

³ CSJN, Carballo (287:42).

intentaron mitigar las diferencias (injustificadas) entre varones y mujeres.⁴ Así, en cuanto a los derechos políticos, el artículo 37 estableció la igualdad real de oportunidades para el acceso a los cargos electivos. En cuanto a los restantes derechos reconocidos en la constitución y en las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos, en su art. 75 inc. 23 la Constitución establece que: "Corresponde al Congreso legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, **las mujeres**, los ancianos y las personas con discapacidad" (énfasis agregado). Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer en su art. 2° ap. b) establece que: "Los Estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, (...) y se comprometen a adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer.". Estas normas no hacen más que reconocer que efectivamente ha habido una historia de discriminación hacia ciertos grupos entre los cuales se encuentran las mujeres. Asimismo, la doctrina y la jurisprudencia es unánime en entender que toda diferenciación basada en el sexo configura una categoría sospechosa (GULLCO, 2007; PUGA/OTERO, 2010).⁵

Así, es a todas luces evidente que el sexo no es, en principio, un criterio permitido para establecer diferenciaciones entre las personas. Cuando se verifica la existencia de una distinción fundada en una categoría sospechosa, el análisis de constitucionalidad debe ser muy estricto y deberá ser el Estado quien justifique la constitucionalidad de dicha diferenciación (inversión de la carga justificatoria). De esta manera, rige sobre dicha clasificación una presunción de inconstitucionalidad, y es el Estado quien debe demostrar por qué está justificada. Así, las consecuencias de que una norma se base en una categoría sospechosa para establecer una distinción son: a) cae la presunción de constitucionalidad de la norma,⁶ b) es el Estado quien debe probar que la distinción es estrictamente necesaria para alcanzar un fin legítimo c) se aplica un análisis estricto de constitucionalidad.

⁴ A partir de la reforma constitucional del año 1994, y la consecuente adquisición de jerarquía constitucional de las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos enumerados en el art. 75 inc. 22, el estado Argentino tiene la obligación de adaptar su normativa interna a aquellos documentos internacionales. El principio de supremacía constitucional obliga a que los códigos, las leyes especiales y demás normas infraconstitucionales, deban adecuarse a bloque formado por la Constitución y las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos con igual jerarquía reconocidos en el art. 75 inc. 22 CN.

⁵ Las "categorías sospechosas", son categorías o clases que implican distinciones (basadas en el sexo, la edad, la nacionalidad, la raza) que *prima facie* son inconstitucionales por ser discriminatorias. La CSJN ha receptado dichas categorías, v. "Repetto Inés", 311:2272 (1988); "Calvo, y Pesini", 321:194/201 (1998); "Gottschau (8/8/2006)"; "Reyes Aguilera" (2007), "Sisneros" (2014).

⁶ Al comentar el fallo Repetto de la CSJN, el profesor Alberto GARAY (1989: 935) explicó el significado que debía otorgársele a la "presunción de inconstitucionalidad": "... Es manifiesto que hablar de presunción de inconstitucionalidad de una distinción normativa,... seguramente provocará, como mínimo reacciones de asombro. Creo que es la primera vez en la historia del órgano judicial supremo que se baraja la posibilidad ostensible de presumir *iurs tantum* –dentro de un proceso judicial- que una norma es inconstitucional y que para justificar su validez sustancial el Estado debe alegar razones más que suficientes para defenderla..." (el resaltado ha sido agregado).

Sostiene FERRERES COMELLA (1997: 250) que "cuando la ley afecta desfavorablemente a un grupo vulnerable, es decir, a un grupo que ha sido discriminado tradicionalmente y que en la actualidad padece aún desigualdades de hecho que le impiden actuar con plenitud en los diversos sectores de la vida social (...). El juez debe aplicar el test de razonabilidad con mayor severidad, imponiendo un test más estricto a los juicios de legitimidad, adecuación y proporcionalidad que el Estado formula ante el juez en sus alegaciones en defensa de la ley. Los grupos que merecen esta protección judicial más intensa son aquéllos que reúnen a la vez dos características: a) han sido objeto de prácticas discriminatorias en el pasado; y b) como consecuencias de aquellas prácticas, subsisten en la actualidad desigualdades de hecho y prejuicios arraigados que impiden a sus miembros desplegar plenamente su personalidad en los diversos sectores de la vida social y política. (...)

Que los negros y las mujeres han sido víctimas de discriminación a lo largo de la historia es algo que forma parte del consenso más amplio de las sociedades democráticas actuales."

De esta manera, toda vez que la constitución prohíbe diferenciar en función de determinados criterios, quienes sostengan la legitimidad de una norma que establezca aquella diferencia, debe fundarla en un interés estatal urgente. El principio recién expuesto debe ser trasladado al presente caso ya que también encontramos varias normas, todas con jerarquía constitucional, que prohíben expresamente las diferenciaciones fundadas en el sexo. Al evaluarse la distinción en lo que respecta a la elección del apellido de los hijos la pregunta que sigue es: ¿cuáles son las razones de peso a favor de la distinción que impide a las mujeres poner a sus hijos su apellido? O ¿se fundamenta dicha distinción en meros estereotipos carentes de justificación alguna?.

Esbozamos algunos argumentos que intentarán dar respuesta a estos interrogantes:

a) Patriarcalismo

A nuestro modo de ver, uno de los argumentos en el cual se basa la distinción que establece el artículo 4º es el "patriarcalismo".

El patriarcalismo es una tradición que viene de los viejos códigos romanos, bases de nuestro derecho civil histórico. En este sentido, la familia en el derecho romano estaba organizada en función del padre de familia (*pater familias*).⁷ Éste tenía el poder absoluto sobre la mujer, sus hijos y esclavos. Este poder no sólo se refería a la propiedad sino también a la persona. La importancia del *pater familias* del derecho romano se ha transmitido a nuestro derecho civil. Un claro ejemplo de ello es la obligación que tenían las mujeres de añadir el apellido de su marido (mediante la preposición "de").⁸ Lo mismo sucedía respecto de la patria potestad. Hasta la reforma del Código Civil por la ley N° 23.264 (1985), si bien se reconocía la patria potestad a ambos padres en el caso de hijos matrimoniales, el ejercicio le correspondía al padre, y solo si este moría o perdía la patria potestad podía ejercerla la madre.

⁷ Situación que no se verifica en la actualidad V. KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2014.

⁸ Con la sanción de la ley 23.515, dicha obligación pasó a ser una facultad de la mujer pudiendo optar por añadir a su apellido el de su marido.

De esta manera, llevamos el apellido de nuestro padre simplemente como un resabio de un sistema patriarcal donde el padre es el miembro principal de la familia.⁹ Esto ocasiona que muchas veces se prefiera el nacimiento de un hijo varón, porque es el que continúa con el apellido familiar, tradicional, en cambio si nace mujer ese apellido y su importancia "social" se pierde.

Esto muestra, sin duda, la pervivencia de un Estado machista. Si bien han existido importantes avances en el reconocimiento de los derechos de la mujer (ley del voto femenino, igualdad laboral, etc.), el artículo 4º de la ley 18.248 era una muestra de que la desigualdad de género¹⁰ persistía en nuestro país, no sólo en los hechos, sino también en el derecho.

Este argumento no pasa el examen de razonabilidad estricto ya que es a todas luces "discriminatorio", pues se está privilegiando un patrón cultural tradicionalmente dominante.¹¹

Además, este sistema patriarcal del hombre como jefe de familia se ha visto radicalmente modificado a raíz de la sanción de la ley de matrimonio igualitario. Esta ley nos demuestra que nuestra sociedad ya no tolera como único modelo el del patriarcalismo, sino que la sociedad ha recibido nuevos modelos de familia, conformados sobre una base distinta, sobre una base igualitaria (KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2014). En este sentido, la familia ha pasado por un proceso de cambio, "ha dejado de ser una estructura jerárquica organizada alrededor de...las exigencias del mandato patriarcal. Hoy día el eje organizador de la unidad familiar es la comunidad emocional, el cultivo de la intimidad y el reconocimiento de las individualidades" (TIRAMONTI, 2005: 895).

⁹ "Men's physiology defines most... their presence defines family, defines history... These are the standards that are presented as gender neutral" (MACKINNON, 1989: 224).¹⁰ El género afecta al derecho igual del hombre y la mujer a disfrutar de sus derechos. El género alude a las expectativas y presupuestos culturales en torno al comportamiento, las actitudes, las cualidades personales y las capacidades físicas e intelectuales del hombre y la mujer sobre la base exclusiva de su identidad como tales. Las hipótesis y las expectativas basadas en el género suelen situar a la mujer en situación desfavorable con respecto al disfrute sustantivo de derechos, como el de actuar y ser reconocida como un adulto autónomo y con plena capacidad, participar plenamente en el desarrollo económico, social y político y tomar decisiones sobre sus circunstancias y condiciones propias. Las ideas preconcebidas sobre el papel económico, social y cultural en función del género impiden que el hombre y la mujer compartan responsabilidades en todas las esferas en que lo exige la igualdad. Comité de Derechos Económicas, Sociales y Culturales, Observación general nº 16 "La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales"

¹⁰ El género afecta al derecho igual del hombre y la mujer a disfrutar de sus derechos. El género alude a las expectativas y presupuestos culturales en torno al comportamiento, las actitudes, las cualidades personales y las capacidades físicas e intelectuales del hombre y la mujer sobre la base exclusiva de su identidad como tales. Las hipótesis y las expectativas basadas en el género suelen situar a la mujer en situación desfavorable con respecto al disfrute sustantivo de derechos, como el de actuar y ser reconocida como un adulto autónomo y con plena capacidad, participar plenamente en el desarrollo económico, social y político y tomar decisiones sobre sus circunstancias y condiciones propias. Las ideas preconcebidas sobre el papel económico, social y cultural en función del género impiden que el hombre y la mujer compartan responsabilidades en todas las esferas en que lo exige la igualdad. Comité de Derechos Económicas, Sociales y Culturales, Observación general nº 16 "La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales"

¹¹ En este sentido la Corte sostuvo que: "un trato diferenciado deparado a los padres pone de resalto la falta de reconocimiento de la norma respecto a que ellos ocupan el mismo lugar e idéntica posición en el ámbito familiar." D. de P.V.,A. c/O.,C.H. s/impugnación de paternidad (Fallos 322:2710, disidencia del dr. Vázquez, cons. 9). "If the Constitution protects only interests which comport with traditional values, the person most likely to be penalized for their way of life will be those least likely to receive judicial protection" (ELY, 1980: 62).

b) El rol secundario de la mujer en la familia. La opción del apellido materno en segundo lugar: una opción inadecuada

La desigualdad que padecen las mujeres fruto del patriarcalismo y del no reconocimiento de su rol dentro de la familia no se ve erradicada con la posibilidad que tiene la mujer casada con un hombre de que sus hijos lleven su apellido en segundo lugar, ésta es una opción inadecuada o insuficiente (CLÉRICO, 2009). En este sentido, establece el artículo 4º de la ley 18.248 "...A pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre..." Agregar implica anexar, esto es "unir o agregar algo a otra cosa con dependencia de ella".¹² Tenemos entonces claramente que el apellido principal es el primero, el del hombre al cual se le pueden anexar otros. "Cuando el juicio de igualdad es estricto, en el juicio de adecuación o de idoneidad *no bastará que la medida tenga la virtud de materializar así, sea en forma parcial, el objetivo propuesto*. Será necesario que la medida *sea realmente útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura*" (BERNAL PULIDO, 2011). De esta manera, la igualdad entre hombres y mujeres en lo que respecta a la elección del nombre de sus hijos, no se alcanza mediante la opción de *agregar* en segundo lugar del apellido materno pues sigue vigente el rol secundario asignado a la mujer.

Esto habla a las claras de que la mujer sigue teniendo un rol secundario, no sólo en la sociedad sino también en la conformación de la familia.¹³ De esta manera, las mujeres caen dentro de lo que FRASER llama "grupos bidimensionalmente subordinados". Esto es, grupos que padecen tanto de una mala distribución en la estructura económica como asimismo un reconocimiento erróneo. En nuestro caso, las mujeres siguen padeciendo desventajas en lo que respecta al ámbito económico. La distribución del trabajo en las sociedades patriarcales, el desigual acceso a la educación que padecen las mujeres, conlleva la imposibilidad de acceder a puestos de trabajos igual remunerados. De esta manera, en muchos casos realizan tareas en sectores informales, o incluso reciben un salario menor que el de los hombres en iguales puestos de trabajo. Las mujeres en muchos casos no son elegidas por su posibilidad de embarazo y licencia en el trabajo, y, además, son las que continúan padeciendo en su totalidad las cargas del trabajo doméstico.

Ahora bien, las mujeres también padecen diferenciación en lo que respecta a su estatus dentro de la familia, y el artículo 4º es una clara muestra de ello. El rol del hombre sigue siendo entendido como vital, no así el de las mujeres, aún cuando en muchos casos son ellas las que más contribuyen al sostén del hogar, pues trabajan, se encargan de sus hijos y de las tareas domésticas, etc. Esta desigualdad es un instrumento que permite continuar con el sistema de género dominante: el hombre, macho. Las mujeres

¹² Cfr. Diccionario de la Lengua Española disponible en <http://www.rae.es/rae.html>

¹³ Dispone el art. 5 de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres..."

no pueden transmitir su apellido a los hijos porque "no son importantes", porque quien "lleva los pantalones" y continúa "poseyendo" la familia es el hombre.¹⁴

Para reforzar esta desigualdad, y este rol secundario de la mujer en la familia, tenemos que la única posibilidad que tenía de transmitirle el apellido a su hijo era cuando el hombre decidía abandonarla y no reconocer a su hijo¹⁵. Es paradójico que el derecho de la mujer surja –también- a partir de una decisión del hombre. Esto muestra claramente la dependencia de uno (la mujer) hacia el otro (el hombre) y la supremacía de uno sobre la otra. Lo que conlleva a que incluso, en muchos casos, la propia mujer crea, sienta y actúe como si fuera inferior al hombre.

"En la lucha contra la violencia de la mujer es necesario comprender que la dominación patriarcal no solo se expresa a través de la coerción sino también a través de las estructuras de producción y reproducción que gobiernan la distribución y la utilización de recursos, beneficios, privilegios y autoridad dentro del hogar y la sociedad en su conjunto... De forma tal que la violencia contra las mujeres no podrá eliminarse mientras la desigualdad estructural permanezca inalterada en la sociedad".¹⁶

De esta manera, luego de analizar el argumento del patriarcalismo y el de la opción secundaria del apellido materno, tenemos que la distinción establecida en el art. 4º de la ley del nombre en perjuicio de la mujer no superaba el examen estricto de proporcionalidad, pues los fundamentos de dicha diferenciación, basados en una categoría sospechosa, no tienen el peso suficiente como para revertir la presunción de inconstitucionalidad que cae sobre esta norma.

De esta manera, podemos afirmar que el artículo 4 de la ley 18.248 resultaba contrario a normas constitucionales e internacionales, que garantizan los mismos derechos y responsabilidades a ambos progenitores en todas las materias relacionadas con los hijos. Así, esta normativa simplemente era un reflejo de la desigualdad –jurídica y fáctica- que han padecido históricamente las mujeres en nuestra sociedad.

2.2 Ley de Matrimonio Igualitario

Ahora bien, este sistema del apellido paterno fue reformado por la ley 26.618 (art. 37), conocida como la "Ley del matrimonio igualitario," que ha modificado el artículo 4º de la ley del nombre. Este artículo disponía "*Los hijos matrimoniales de cónyuges de distinto sexo llevarán el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre [...] Los hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo llevarán el primer apellido de alguno de ellos. A pedido de éstos podrá inscribirse el apellido*

¹⁴ Tendríamos que pensar hasta qué punto esta desigualdad no conlleva violencia doméstica (violencia psicológica) pues las mujeres siguen teniendo un rol secundario en la familia, se sigue viendo su posición como algo insignificante.

¹⁵ Por supuesto, también cuando la fecundación se logra mediante otras técnicas distinta a la copulación (ejemplo, fertilización asistida).

compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregarse el del otro cónyuge. Si no hubiera acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente..." Asimismo, y con respecto a los hijos extramatrimoniales, disponía el artículo 5º *"El hijo extramatrimonial reconocido por uno sólo de sus progenitores adquiere su apellido. Si es reconocido por ambos, sea simultánea o sucesivamente, adquiere el apellido del padre..."*

Tenemos entonces que la Ley de Matrimonio Igualitario modificó la situación del apellido, reconociendo a las parejas del mismo sexo la opción de elegir que apellido pondrán a su/s hijx/s. Sin embargo, y aun cuando dicha normativa ha sido aclamada como un hito de la igualdad (CLÉRICO/ALDAO, 2010), ¿no profundiza la situación de desigualdad de las mujeres casadas con hombres?

Nuevamente la respuesta es positiva, pues la mujer que elige a un hombre como progenitor padece una gran desigualdad: ella no puede en ningún caso transmitir el apellido a su/s hijx/s. Al respecto reconoce HERRERA (2015: 156) que "la celeridad en su sanción trajo [la ley de matrimonio igualitario], como contrapartida, modificaciones parciales e insuficientes que derivaron en visibles diferencias en las normas relativas al apellido según se tratara de hijos de personas de distinto o de igual sexo. Asimismo, quedaron temas importantes sin regular".

Así, tenemos que las mujeres que se casaban con hombres o cuyas parejas reconocen a sus hijxs no podían optar por el apellido que éstxs llevarán, lo que sí existe en el caso de que lxs niñxs nazcan dentro de matrimonios conformados por personas de igual sexo o, es obligatorio cuando no son reconocidos por sus progenitores (es decir, cuando la mujer debe cargar sola con la crianza del niñx pues el mismo ha sido abandonado por su progenitor). Las mujeres casadas con hombres o que eligen tener un hijx con un hombre no podían ni siquiera formularse la pregunta, pues sus hijxs llevarán el apellido del hombre.

3 Nuevo Código Civil y Comercial

El nuevo Código dispone en su artículo 64 que *"El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro..."*

Vemos entonces que se ha borrado en forma definitiva aquella distinción en perjuicio de la mujer. A partir de la entrada en vigencia de esta normativa todas las mujeres, casadas con hombres, con mujeres, en pareja con hombres o con mujeres podrán elegir el apellido que llevarán sus hijxs. Sin duda no faltará quien argumente que la elección del apellido no es algo relevante, que en general las mujeres no se preguntan por esta circunstancia, que el apellido del niñx no tiene un efecto discriminatorio en sí mismo. Pero es necesario ir más allá de lo que sucede todos los días, cuestionando esta "normalidad" establecida y

¹⁶ Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk, *Economía política de los derechos de la mujer*, citado en *"Un lugar en el mundo. El derecho a una vivienda adecuada como elemento esencial de una vida libre de violencia doméstica. Los casos de Argentina, Brasil y Colombia"*, COHRE, 2010. Pág. 20.

buscar razones para lograr explicarla más allá del criterio de la "tradición" o de que "siempre se hizo así" pues "la costumbre es una fuente importante de significado social, de valor y de estructura y, por ello mismo, debe ser objeto de una revisión y de una reflexión crítica" (Siegel, 2010: 49).

Esta "posibilidad de elegir" implica un reconocimiento hacia las mujeres. Implica "poner sobre la mesa" que ellas también son "cabeza de familia", rol que ya hoy en día ocupan en nuestra sociedad. Hace eco de una concepción robusta de igualdad, la "igualdad como no sometimiento" (SABA, 2012; FISS, 1999) que implica para el Estado no solo dejar de discriminar sino sobre todo realizar acciones para lograr que la igualdad sea efectiva en el derecho y en los hechos. Sostiene FRASER (2006) que para esto se requieren acciones de distribución y de reconocimiento. La opción de elegir el apellido de nuestros hijos es una forma de reconocimiento. Concretamente "en el paradigma popular del reconocimiento, en cambio, las víctimas de la injusticia...se distinguen por el respeto, estigma y prestigio de menor entidad que disfrutaban, en relación con otros grupos de la sociedad...En la coyuntura política actual, se ha extendido... a las mujeres, a las que se trivializa, cosifica sexualmente y se les falta el respeto de mil maneras" (FRASER, 2006:24).

4. A MODO DE CIERRE: EL DERECHO COMO HERRAMIENTA PARA LOGRAR LA EFECTIVIDAD DE UNA CONCEPCIÓN ROBUSTA DE IGUALDAD.

El artículo 4° de la ley 18.248 era un resabio del antiguo sistema en el cual la patria potestad estaba sólo en cabeza del hombre. Históricamente, los padres, han tenido derecho a elegir el nombre de pila de sus hijos conforme las pautas establecidas. Ahora bien, no ha sucedido lo mismo en el caso del apellido.¹⁷ Históricamente, y salvo excepciones (básicamente falta de reconocimiento o ausencia del progenitor) se ha colocado obligatoriamente a los hijos el apellido del padre. Esta situación ha sido modificada en el nuevo Código civil, que otorga a los progenitores la elección del apellido de sus hijos. ¿En que se fundamenta esta modificación? Básicamente en entender que la "antigua" legislación implicaba prácticas discriminatorias en perjuicio de las mujeres.¹⁸ Demostrar esta circunstancia ha sido el objeto de este trabajo, como asimismo, indicar que la modificación legal que implica el nuevo Código Civil resultaba necesaria a fin de que se produzcan modificaciones no sólo en el ámbito del derecho sino también en las relaciones cotidianas, esto es en los hechos. En este sentido, la flamante normativa se convierte en una herramienta que permite empoderar a las mujeres no solo en lo que hace a las relaciones familiares sino en lo que respecta a su posición en la sociedad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

¹⁷ Apellido es el sustantivo del verbo apellidar. Esta palabra tiene su origen en el latín *apellitare* y *appellare*, que significa llamar, proclamar. Permite identificar a la persona por la familia a la que pertenece. De esta manera, el nombre en su totalidad sería una de las formas de identificar a una persona.

- ALDAO, M., CLÉRICO, L. (comp.). *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas Sociales, Políticas y Jurídicas*. Eudeba, Buenos Aires, 2010.
- BERNAL PULIDO, C. "El principio de proporcionalidad como criterio para la aplicación del derecho fundamental a la igualdad" en BEADE, CLÉRICO (eds.), *Desafío de la ponderación*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
- CLÉRICO, L. "*El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*" Editorial Eudeba, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires. 2009.
- CLÉRICO, L.; RONCONI, L.; ALDAO, M. (2013). Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento. *Direito GV Law Review*(17), 115-170. Recuperado el 15 de noviembre de 2014, de http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/06-rev17_115-170_-_laura_clerico.pdf
- ELY, J. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980.
- FERRERES COMELLA, V., "Justicia constitucional y democracia", Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- FISS, O. (1999). Grupos y Cláusula de igual protección. En R. Gargarella, *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa.
- FRASER, N. "La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación", en FRASER N., HONNETH A. *¿Redistribución o reconocimiento?*, Ediciones Morata, Madrid, 2006.
- GARAY, A. "Derechos Civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas", La Ley, 1989-B-931.
- GIL DOMINGUEZ, A., FAMA, M., HERRERA, M. *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006.
- GULLCO, H. "El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino", en M. ALEGRE y R. GARGARELLA (Coord.) *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario* Lexis Nexis, Bs. As. 2007.
- HERRERA, M., CAMELO, G. "Comentario a los arts 1, 2 y 3 del CCyC" en HERRERA, CAMELO, PICASSO *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.
- HERRERA, M. "Comentario al art. 64" en HERRERA, CAMELO, PICASSO *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014" en Revista Jurídica La Ley, 8 de octubre de 2014.

¹⁸ Asimismo, de lxs hijxs. Al respecto ver RONCONI, 2012.

- MACKINNON, C. "Sex Equality: On difference and Dominance" en *Toward a Feminist Theory of the State* Harvard Univ. Press Cambridge, Massachusetts, 1989.
- MOISSET DE ESPANÉS, L. "El apellido de la mujer casada y la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento", disponible en www.digesto.catamarca.gov.ar.
- RONCONI, L. "El apellido de los hijos. En referencia a la desigualdad que padecen las mujeres y los niños/as", en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia septiembre 2012, Nro. 56, Abeledo Perrot.
- SABA, R. (2012). (Des)Igualdad Estructural. En M. Alegre, & R. Gargarella, *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario* (2a. Edición ampliada ed., págs. 137-172). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- SIEGEL, R. "Los argumentos de igualdad sexual a favor de los derechos reproductivos: su fundamento crítico y su expresión constitucional en evolución" en BERGALLO, P. (comp.) *Justicia, género y reproducción*, Buenos Aires, Librería, 2010.
- PUGA, M./ OTERO, R. "La justicia salteña y la inclusión de las mujeres en el mercado laboral: el caso Sisnero", en Jurisprudencia Argentina, Número Especial, Buenos Aires 28 de Julio del 2010,
- TIRAMONTI, G. "La escuela en la encrucijada del cambio epocal". En *Educação e Sociedade* (26), 92, 2005.

JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS

CSJN:

- "Carballo y otros c/ Nación Argentina", fallos 287:42.
- "Repetto Inés", 311:2272 (1988);
- "Calvo, y Pesini", 321:194/201 (1998);
- "Gottschau (8/8/2006)";
- "Reyes Aguilera" (2007).
- "Sisnero Mirtha" (2014).
- Observación General nº 16, Comité de Derechos Económicas, Sociales y Culturales, "La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales"
- Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk, *Economía política de los derechos de la mujer*, citado en "Un lugar en el mundo. El derecho a una vivienda adecuada como elemento esencial de una vida libre de violencia doméstica. Los casos de Argentina, Brasil y Colombia", COHRE, 2010.