



Balance de la aplicación del Código Civil y Comercial a cinco años de su entrada en vigencia

Julio César Rivera (*) (**)

SUMARIO: I. Prenotados.— II. La relación con la Constitución Nacional y los tratados.— III. La aplicación de la ley en el tiempo.— IV. Los derechos personalísimos.— V. La cuestión de la capacidad de los menores.— VI. Las obligaciones en moneda extranjera.— VII. Soluciones del Código Civil y Comercial que complican los negocios empresarios.— VIII. Otras cuestiones.— IX. Conclusiones.

➔ No puede dejar de destacarse que el Código Civil y Comercial tiene méritos intrínsecos. Entre ellos, su método y, yendo al fondo de la regulación, el reconocimiento de “derechos colectivos”, el humanismo patentizado en la regulación de los derechos personalísimos, la protección de las partes “débiles” o “vulnerables” como los consumidores, así como el hecho de que el Código Civil y Comercial, partiendo de la supremacía constitucional y de los tratados, concreta los efectos de los principios que emanan de los documentos internacionales. Los defectos o las desviaciones de algunos fallos que pretendidamente lo aplican no impiden concluir que la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial ha significado un importante avance para la legislación de derecho privado argentino.

I. Prenotados

Pasados cinco años desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, es hora de hacer un balance que muestre sus aciertos y algunos de sus defectos.

Para hacerlo partimos de ciertos presupuestos que hemos expuesto en trabajos anteriores. Ellos son:

— la renovación de los cuerpos principales del derecho privado, esto es, el Código Civil y el Código de Comercio, era una tarea necesaria, sobre la cual existía una convicción generalizada, demostrada por el hecho de que desde 1987 se habían sucedido tres proyectos de reforma parcial y uno de recodificación conocido como Proyecto de 1998;

— la alternativa entre renovación parcial o recodificación no evidenciaba una mayoría definida por una u otra; pero a nuestro juicio la recodificación era la vía más adecuada, pues evita las incongruencias que se generan a partir de la reforma parcial introducida en viejos textos, es-

critos por “otros”, en “otros” tiempos y probablemente sobre la base de “otros” criterios rectores;

— la unificación era una vieja aspiración de la doctrina nacional, expresada desde el Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial de 1940; eran aisladas las voces que sostenían la conveniencia de mantener un Código de Comercio separado del Código Civil; por otro lado, se evitó la tentación de crear un Código de Derecho de Familia o de “las Familias”, como han hecho otros países especialmente en el área latinoamericana.

Por otro lado, no puede dejar de destacarse que el Código Civil y Comercial tiene méritos intrínsecos. Entre ellos, su método; en el punto, cabe destacar no solo la existencia de un Título Preliminar que expande sus efectos sobre todo el Código, sino también de una Parte General que refleja una antigua tradición académica argentina.

Y, yendo al fondo de la regulación, no hay dudas de que está inspirada en valores inexorablemente compartibles. Entre ellos mencionamos el reconocimiento de “derechos colectivos”, el humanismo patentizado en la regulación de los derechos personalísimos, la protección de las partes “débiles” o “vulnerables” como los consumidores, así como el hecho de que el Código Civil y Comercial, partiendo de la supremacía constitucional y de los tratados, concreta los efectos de los principios que emanan de —a título de ejemplo— documentos internacionales como la Convención de Derechos del Niño y la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1).

Hecha esta breve introducción, comenzamos el repaso de algunas cuestiones que plantea el Código Civil y Comercial y su aplicación por los jueces, empezando por la denominada constitucionalización del derecho privado.

II. La relación con la Constitución Nacional y los tratados

II.1. El derecho civil constitucional: ¿qué significa?

Alberdi describió con precisión cuál debía ser el rol del Código Civil. Me permito transcribir algunos párrafos ilustrativos del pensamiento del extraordinario hombre público del siglo XIX: “...las leyes civiles no son sino leyes orgánicas de las disposiciones de la Constitución

Nacional [...]. Según esto, el Código Civil argentino debía ser el cuerpo metódico de leyes que organizaran *los derechos civiles* [destacado en el original] concedidos a todos los habitantes de la Nación por los arts. 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20. Esos derechos concedidos a todos los habitantes de la Nación, sean nacionales o extranjeros, no son derechos políticos, sino derechos civiles y ellos constituyen la sustancia y la base democrática de la legislación civil argentina. Si como dice Montesquieu, las leyes civiles tienen por objeto mantener la naturaleza y el principio del gobierno establecido o que se quiere establecer, la democracia debe estar en el Código Civil argentino, como está en la Constitución. Hijos ambos y codificación los dos de la revolución democrática del pueblo argentino, el Código Civil debe ser el contrafuerte democrático de la Constitución política...” (2). De lo que resulta que “[E]l derecho civil argentino debía ser, como su Constitución, la expresión y realización de las miras liberales de la revolución de América en los pueblos del Plata” (3), o, como lo dice poco más adelante, “[E]l derecho civil, como la Constitución de que ha de ser derivado estricto, debe ser la expresión codificada de la revolución democrática que dio nacimiento y ser a la Nación argentina. Esa es la mente del art. 28 de la Constitución” (4). Es difícilmente explicable por qué las ideas de Alberdi, tan claramente expresadas, han pasado casi desapercibidas para los civilistas del siglo XX (5).

Ahora bien; nuestro Código Civil y Comercial vigente comienza diciendo que “Los casos que este Código rige 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...”, y según palabras de Lorenzetti se supone que ello implica “la comunicabilidad de principios entre el derecho constitucional y el derecho privado que ya no son esferas independientes”, así como “el diálogo de fuentes expresamente establecido para articular la Constitución, los tratados, el Código, las leyes infraconstitucionales, la jurisprudencia y la costumbre” (6). Así lo exponen los Fundamentos que acompañaron al Anteproyecto, diciendo: “La mayoría de los Códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto in-

nova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”.

Por nuestro lado hemos coincidido en que el Código Civil ha perdido el monopolio, su lugar central en beneficio de la Constitución, del derecho administrativo, del derecho del trabajo, entre otros; y por ello debe compartir su rol con leyes que hablan otra lengua y manejan otros conceptos (7), y en particular hemos destacado la relación entre la Constitución y el derecho privado desde un trabajo publicado hace unos 25 años atrás (8).

Dijimos allí que las normas de derecho privado incorporadas a la Constitución tienen:

— *Eficacia directa*, lo que significa que el sujeto que demanda la tutela jurisdiccional de una garantía o derecho constitucionalmente establecido puede hacerlo invocando la norma constitucional si no hubiere norma legal que desarrolle la garantía o derecho de que se trate; en definitiva, es una mera aplicación de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentada en los precedentes “Siri” y “Kot”.

— *Eficacia derogatoria*, de modo que las normas civiles constitucionales derogan cualquier disposición legal contraria a la norma superior. A título de ejemplo: a partir de la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 1994 debía considerarse derogada la previsión del Código Civil conforme a la cual los bienes gananciales de origen dudoso eran de administración del marido.

— *Eficacia invalidatoria*: la disposición de jerarquía legal que se oponga a una norma constitucional es inválida, y por ello puede ser declarada inconstitucional por los jueces. Así, antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, sosteníamos que era inconstitucional la Ley de Nombre en tanto imponía a los hijos el apellido del padre, ya que constituía una discriminación contra la madre, violatoria de la Convención sobre Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer.

— *Eficacia interpretativa*: quien interpreta la ley para aplicarla debe hacerlo de manera que

CORREO ARGENTINO CENTRAL B	DOCTRINA	
	Balance de la aplicación del Código Civil y Comercial a cinco años de su entrada en vigencia Julio César Rivera	1
FRANQUICIA A RERUM CUENTA N. 10268-1	NOTA A FALLO	
	Para la Corte las normas sobre despido por causa de matrimonio rigen por igual para trabajadoras y trabajadores Carlos Alberto Livellara	9

El caso “Puig” o la interpretación dinámica de las leyes laborales Carlos Pose	9
---	---

JURISPRUDENCIA	
PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO POR CAUSA DE MATRIMONIO. Protección de la familia. Normas que protegen a los trabajadores sin distinción de género. Interpretación teleológica y dinámica. Preceptos internacionales aplicables (CS)	8

esta resulte conforme a la norma constitucional; en otras palabras, la norma constitucional dirige la interpretación de todos los textos comprendidos en la materia a que esta se refiere.

El tema de la interpretación de las normas civiles constitucionalizadas no es simple, pues cabe tener en consideración que el derecho civil tiene un contenido dado por la tradición jurídica, la doctrina y la jurisprudencia, de donde —en principio— el intérprete se guía por esos contenidos propios del derecho civil, por los métodos de interpretación que son también propios del derecho civil. Por ello al intérprete le basta con verificar que el resultado de su interpretación no sea contrario a la de la Constitución.

De todos modos, en la práctica y de hecho se plantean conflictos. En nuestro derecho es una materia particularmente compleja la de la responsabilidad civil de la prensa por violación del honor o de la intimidad de las personas. La Constitución protege la libertad de prensa y también la intimidad y el honor (la dignidad de las personas).

Entendemos que no ha de perderse de vista que las normas de derecho privado incorporadas a la Constitución no dejan de ser de derecho privado, y este debe ser interpretado conforme a sus principios so riesgo de ser desnaturalizado, pero —agregamos— *siempre que esa interpretación no invalide el ideario democrático y liberal de la Constitución y los principios que emanan del derecho supranacional de los derechos humanos*.

II.2. ¿La “constitucionalización” implica una banalización de la Constitución o es la mera expresión de la obvia supremacía constitucional?

Algunos constitucionalistas han criticado esta idea de la “constitucionalización del derecho privado”, señalando que no pasaría de ser un reconocimiento de la supremacía de la Constitución, cuyo efecto en definitiva sería la exigencia de seguir siempre una interpretación del derecho privado “conforme” a la Constitución Nacional y que abriría las puertas a la jurisdicción federal en materia de derecho común(9). Así Garay dice: “Puede ser que se piense esa ‘constitucionalización’ en términos muy vagos. En realidad, podría pensarse que los que emplean esta terminología estarían aludiendo, como Alberdi, retóricamente, a una conformidad con el espíritu de la Constitución o inspirada en tal o cual cláusula”(10).

Y Alberto Dalla Via apunta en la misma dirección cuando escribe: “La adecuación del Código Civil y Comercial al texto de la Constitución Nacional reformada como uno de los fundamentos del Proyecto, constituye un propósito no solamente loable, sino también una necesidad de dar coherencia a nuestro ordenamiento. Según la lógica aplicación del principio de subsunción en un sistema jurídico, el derecho infraconstitucional debe responder y adecuarse coheren-

temente al texto constitucional como suprema expresión jurídica del Estado democrático de derecho”(11).

Es probable que los distinguidos autores citados tengan razón y los civilistas hayamos pensado la constitucionalización del derecho privado de manera un poco vaga. Es más, el mismo desafortunado art. 1º, Cód. Civ. y Com., hace verosímil la crítica, pues en definitiva ese artículo no hace más que señalar lo que es obvio, esto es, que los casos deben ser resueltos conforme a las leyes —como si alguien pudiera pensar otra cosa— y que las fuentes del derecho son la Constitución, los tratados (todos, y no solo los de derechos humanos) y las mismas leyes.

No cabe duda de que, si la constitucionalización del derecho privado se aprecia desde el art. 1º, Cód. Civ. y Com., no llegaríamos a ninguna conclusión, toda vez que ese precepto es susceptible de múltiples objeciones:

— empieza refiriéndose a “los casos”, lo cual es sumamente impreciso (12), pues no parece que el Código pudiera referirse exclusivamente a los “casos judiciales” (13), por lo que se ha entendido que con esa expresión alude a los supuestos de hecho aprehendidos en cada regla [lo que conocemos como *fattispecie* o *Tatbestand* (14)];

— luego cae en la obviedad ya señalada, esto es, que “los casos” se resuelven según las leyes;

— es una mera reiteración del art. 31, CN, invocar la Constitución y los tratados como fuentes jerárquicamente superiores;

— es errada la limitación a los tratados “de derechos humanos”, pues todos los tratados son ley suprema de la Nación (15), incluso los que versan sobre temas de derecho patrimonial, como la Convención de Viena sobre Compra-venta Internacional de Mercaderías;

— sigue diciendo “a tal efecto”, pero no sabemos cuál de los distintos efectos previstos en las frases precedentes es el aludido (16);

— la finalidad de la norma no es una fuente, sino un criterio de interpretación, como lo pone de manifiesto el art. 2º, Cód. Civ. y Com.;

— los principios generales del derecho, que tienen una función integrativa —según lo ponen de relieve los mismos Fundamentos— no aparecen mencionados como fuente, prescindiendo así de una regla consagrada por Vélez Sarsfield en el Código de 1869 y que mereció el reconocimiento unánime de la doctrina (17);

— se refiere a los usos, prácticas y costumbres como si todo fuera lo mismo; en realidad, solo es fuente de derecho objetivo la costumbre; en algunos casos pueden serlo los usos del comercio; pero las prácticas entre las partes de

una relación jurídica tienen una función distinta (18), cual es integrar la relación contractual, tal cual lo dice acertadamente el art. 964, inc. e).

Por eso se debe prescindir de esa perspectiva que, como denuncian algunos, limita la constitucionalización del derecho privado al obvio reconocimiento de la supremacía constitucional o a la también superflua mención de la Constitución y los tratados como fuentes de derecho positivo.

Nosotros entendemos que la constitucionalización del derecho privado, además del reconocimiento de la supremacía constitucional y la interpretación conforme, significa:

— la fuente de los derechos y deberes regulados por el derecho privado se halla en la Constitución Nacional. Así, como es obvio, la regulación de los derechos reales, empezando por el dominio, encuentra su raíz en el art. 17, CN, precepto en el que también se asienta el derecho de propiedad sobre todos los derechos causados en los contratos; la igualdad constitucional es la que inspira la regulación del matrimonio y de las otras relaciones familiares; la autonomía personal ha de presidir el tratamiento que el derecho privado hace de las personas de capacidad disminuida y de los menores de edad, etcétera;

— de modo pues que, además de la “interpretación conforme”, el derecho privado tiene por finalidad instrumentar, organizar —como decía Alberdi— los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y, obviamente, ha de hacerlo en función de los principios consagrados por la Constitución;

— de allí que la Constitución tenga no solo el efecto interpretativo, sino también los ya mencionados efectos derogatorio e invalidatorio de las normas de derecho privado que no sean conformes con aquella.

II.3. Lo que “no es” la constitucionalización

El peligro que encierra la generalización de la idea de “constitucionalización” es que el derecho privado codificado o legislado sea sustituido por una serie de principios vaporosos que habiliten a los jueces a apartarse de la ley y sustituirla por su propio sentimiento de justicia.

Un ejemplo clarísimo de este curioso modo de pensar el derecho privado lo suministra Gil Domínguez cuando dice: “La lógica del Código Civil y Comercial se enmarca en la fuerza normativa de la Constitución y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, los cuales pueden ser aplicados de oficio, mediante interpretaciones conformes o bien de forma directa. Está basada en la garantía del derecho a la libertad de intimidad, la protección de la familia ampliada, el interés superior del niño, la protección del más débil, la no progresividad tuitiva, el derecho al uso y goce de los bienes vinculado al

interés social y el derecho a la no discriminación como norma de cierre. También en un *iura novit curia* constitucional y convencional que no puede responder de forma legicentrista y abstracta ante el ejercicio de derechos en situaciones concretas (aunque sean antinómicas) ni en los juicios pendientes ni en los que se inician cuando el Código Civil y Comercial entre en vigencia”.

A esto —para crear más confusión de la que ya crea su ditirámico discurso— agrega que una posición sustentada por nosotros con relación a la aplicación de las nuevas leyes a los casos en trámite aparece “confinada en la ley como techo del ordenamiento jurídico, la Constitución como una norma política sin fuerza normativa y los jueces como meros subsumidores silogísticos, sin percibir que dicho paradigma ha sido modificado por el Código Civil y Comercial a través del sistema de fuentes establecido, del particularismo aplicativo y del rol de los jueces como concretizadores y ponderadores de derechos que el Código debe garantizar, pero no estructurar”(19).

O sea que, para Gil Domínguez, el Código Civil y Comercial es un cuerpo de 2600 artículos que garantiza, pero no estructura, las instituciones que toca. Y en definitiva todo lo que dice el Código Civil y Comercial en esos miles de artículos es papel mojado si al juez concretizador se le ocurre aplicar —de oficio, obviamente— un *iura novit curia* constitucional y convencional.

El que mejor ha expresado su alarma ante estas tesis ha sido el prestigioso jurista Ricardo Guibourg. No podemos evitar la tentación de transcribir unos párrafos de una “columna de opinión” de su autoría publicada pocos meses después de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial. Dice Guibourg: “Basta leer los arts. 1º, 2º, 3º y 10 para advertir que el legislador se siente más próximo del Sermón de la Montaña que de la descarnada precisión del Código Napoleón, y que, al reservarse una función moralmente rectora, renuncia a la función de establecer criterios operativos para cederla, en la práctica, a los jueces. En efecto, si la interpretación de la ley adquiere el margen de discrecionalidad que le confieren los derechos y principios constitucionales y convencionales, si la interpretación y la comparación de estos últimos dependen de las decisiones judiciales, si estas decisiones (de las que se requiere una controvertible razonabilidad) y las opiniones de los autores se influyen recíprocamente todo el tiempo manteniendo, a la vez, su indeterminación y su pluralidad, todos los límites entre las fuentes del derecho se vuelven tan maleables y difusas como el derecho mismo.

”En síntesis, el contenido de las normas, incluso las del propio Código, depende de un juego circular de conceptos vagos a la espera de algún *deus ex machina* que los llene de luminosas (y justas) verdades. Pero ese personaje no viene (nun-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.273)

(*) Socio honorario de Marval O’Farrell y Mairal. Profesor titular consulto de Derecho Civil (UBA). Profesor titular de Derecho Civil (Udesa). Miembro de la Academia Nacional de Derecho de Bs.As. y de la International Academy of Comparative Law.

(**) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 27 de agosto de 2020 realizada por la plataforma Zoom.

(1) Lorenzetti señala otros valores, tales como el diálogo de fuentes, el derecho de la empresa adaptado a una economía en permanente transformación y la atención puesta en la tecnología, así como la incorporación de una teoría de la decisión judicial democrática, porque el juez debe decidir razonablemente; en “Cinco años de vigencia del Código Civil y Comercial”, Rubinzal Online RC D 2916/2020. Más adelante hemos de comentar algunos de estos solo aparentes avances de nuestro Código Civil y Comercial.

(2) ALBERDI, Juan Bautista, “Obras completas”, Ed. La Tribuna, Buenos Aires, 1887, t. VII, p. 105.

(3) *Ibidem*, p. 82.

(4) *Ibidem*, p. 106.

(5) Un análisis pormenorizado del debate entre Alber-

di y Vélez Sarsfield en: BOHMER, Martín, “The Politics of Legal Education in Argentina, USA and Chile”, JSD dissertation, Yale Law School, 2007.

(6) LORENZETTI, Ricardo L., “Cinco años de vigencia...”, ob. cit.

(7) SACCO, Rodolfo, “A Civil Code Originated During the War (The Italian Codice Civile)”, en RIVERA, Julio César (ed.), *The Scope and Structure of Civil Codes*, Springer, 2013.

(8) RIVERA, Julio César, “El derecho privado constitucional”, RDPyC, nro. 7, a partir de p. 27.

(9) GARAY, Alberto, “El nuevo derecho común, la Constitución y los tratados”, RCCyC 2015 (agosto), 17/08/2015, 25; AR/DOC/2485/2015.

(10) *Ibidem*.

(11) DALLA VIA, Alberto, “El programa económico de la Constitución Nacional”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho*, 2017-115. El mismo Dalla Via alertó sobre las confusiones a que puede dar lugar la expresión “constitucionalización del derecho privado” en otros trabajos: “Aspectos constitucionales del Proyecto de Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2014-B, 913; AR/DOC/1098/2014; “La Constitución y el Código Civil y Comercial. Reflexiones sobre el derecho público y el derecho privado”, JA 2015-II, 958; AR/DOC/4878/2015.

(12) Sin perjuicio de lo que decimos en el mismo párrafo, téngase en cuenta que en los Fundamentos se lee que los dos primeros capítulos del Título Preliminar están principalmente dirigidos a jueces y juezas, con lo cual se sugiere claramente que la intención del legislador en el art. 1º es entender “casos” en el sentido de conflicto que llega a la resolución del juez. Por suerte, los mismos Fundamentos nos indican que debemos prescindir de la intención del legislador histórico e interpretar las normas de un modo coherente con todo el ordenamiento jurídico.

(13) Hemos dicho antes de ahora: “El derecho —comprendiendo en tal noción a la ley y demás fuentes invocadas en el art. 1º del Cód. Civ. y Com.— no tiene por misión exclusiva resolver casos como parece predicarlo el art. 1º del Cód. Civ. y Com. en su primera frase. Allí —en esa primera frase que alude a ‘los casos que este Código rige’— radica probablemente un error serio del Código Civil y Comercial. La misión primera del derecho no reside en impartir pautas a los jueces para resolver los casos, sino más bien en generar reglas destinadas a ordenar las conductas de los ciudadanos a fin de evitar que existan casos que lleguen a los jueces”: RIVERA, Julio César, “Políticas legislativa y judicial en materia de derecho transitorio”, RCCyC, año III, nro. 1, febrero/2017, p. 149; conf. LÓPEZ

DE ZAVALÍA (h.), Fernando, “Código Civil y Comercial: subsistencia de reglas previstas en textos ya derogados”, LA LEY, 2016-E, 1170.

(14) GARAY, Alberto, “El nuevo derecho común...”, ob. cit.

(15) RACIMO, Fernando, “La inconstitucionalidad del art. 1º del Código Civil y Comercial y otros problemas del Título Preliminar”, JA 2017-III, fasc. 10, p. 1.

(16) GARAY, Alberto, “El nuevo derecho común...”, ob. cit.

(17) El art. 16 del Código derogado disponía: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

(18) Sobre la distinción entre costumbre, usos y prácticas, v. GHESTIN - BARBIER, “Traité de droit civil. Introduction générale”, LGDJ, Paris, 2018, 5ª ed., n. 975, p. 814.

(19) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El art. 7º del Código Civil y Comercial y los procesos judiciales en trámite. Una mirada desde el sistema de fuentes constitucional y convencional”, RCCyC 2015 (julio), 01/07/2015, 16; AR/DOC/1952/2015.

ca vino) del cielo mismo, sino de la tramoya teatral del sistema político: son los jueces quienes se ven conminados a asumir ese papel y se espera de ellos que satisfagan a todos, bajo pena de linchamiento mediático, jurídico o aun físico. En efecto, quien se ve perjudicado por una decisión judicial tenderá a pensar que el magistrado no ha sabido o no ha querido comprender el verdadero sentido de derechos, principios y valores, por lo que ha ejercido deficientemente la función encomendada. Un verdadero presente griego para quienes solo cuentan con su conciencia, conocen y ejercen los disensos y saben que en un proceso hay quien gana y quien pierde.

“En estas condiciones, el nuevo Código aparece como un sincero y entusiasta registro del ocaso del derecho, precisamente en el único punto donde su aporte fue alguna vez efectivo. En tono de chanza algo exagerada, podría decirse que, luego de leer el Título Preliminar, todo el resto del Código ha de tenerse por no escrito, hasta tal punto su contenido queda sujeto a principios imprecisos, a criterios de interpretación subjetivos y cambiantes y a procedimientos de ponderación de derechos y valores que siempre terminan reducidos al ojo de buen cubero (tan parecido al ojo de mal cubero que no hay método objetivo que permita distinguir entre los dos)” (20).

Pero lo más grave es que estas ideas calan en la jurisprudencia, y así aparecen émulo locales del *bon juge* Magnaud (21), que, lisa y llanamente, prescinden de las soluciones del Código Civil y Comercial o de la ley aplicable al caso, para resolver lo que les indica su conciencia, para lo cual siempre van a encontrar el apoyo de algún principio establecido en alguna convención internacional.

Entrando ya a la aplicación concreta del Código Civil y Comercial por los jueces, podemos mencionar algunos ejemplos de esto que denunciamos:

— La maternidad subrogada: como es sabido, el Anteproyecto contenía disposiciones sobre la maternidad subrogada que fueron suprimidas del texto sancionado; ello no ha impedido a los jueces —y a otras autoridades no judiciales— sostener enfáticamente la validez de esos contratos (22) sin mayores fundamentos y sin hacerse cargo de las fundadísimas y serias observaciones que se formulan a esa práctica, que no es otra cosa que el alquiler de una persona y cuyas consecuencias derivadas de la disociación de la maternidad son previsiblemente nocivas, como lo señalan autorizados informes europeos de los cuales se prefiere no hablar (23). Por lo demás, en algunos fallos y comentarios de los fomentadores de la maternidad subrogada —entre ellos, los centros médicos que la practican— se señala que de otro modo dos hombres no podrían ser padres de un niño y que ello es discriminatorio. Es más que evidente que, si dos hombres no pueden ser padres, no es responsabilidad de la ley, sino de la naturaleza que —lamentablemente— exige la presencia de una mujer para gestar un niño. Claro, según estos jueces, la naturaleza ha de ser inconstitucional...

{ NOTAS }

(20) GUIBOURG, Ricardo A., “El sincero ocaso del derecho”, LA LEY, 2015-D, 1229; AR/DOC/2309/2015.

(21) Es conocido que Paul Magnaud fue reconocido por sus sentencias justas, lo que le valieron que el mismo Clemenceau lo llamara *le bon juge*, expresión que lo acompaña en su lápida.

(22) Entre otros: JNCiv. N° 86, 18/06/2013, “N.N. o D. G., M. B. M. s/ inscripción de nacimiento”, LA LEY, 2013-D, 195; DFyP 2013 (octubre), 86, con nota de Sabrina M. BERGER; DFyP 2013 (octubre), 105, con nota de Andrés GITTER; JNCiv. N° 8, 20/09/2016, “B., B. M. y otro c. G., Y. A s/ impugnación de filiación”, AR/JUR/70743/2016; JNCiv. N° 102, 18/05/2015, “C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/ impugnación de maternidad”, LA LEY, 2015-C, 521; DFyP 2015 (noviembre), 208, con nota de Sabrina M. BERGER; DFyP 2015 (noviembre), 220, con nota de Ludmila VIAR y Jorge N. LAFFERRIÈRE; CCont. Adm. y Trib. CABA, sala I, 04/08/2017, “Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c. GCBA y otros s/ amparo”, LA LEY, 2017-E, 594; RCCyC 2018 (mayo), 131, con nota de Jorge N.

— En el intento de legitimar la nociva práctica de la maternidad subrogada, se ha llegado a declarar la inconstitucionalidad del art. 562, Cód. Civ. y Com., conforme al cual en la filiación natural la maternidad se determina por el parto (24). Esto no merece comentario; simplemente es un exabrupto incalificable.

— La inseminación *post mortem*. El Código Civil y Comercial dispone en el art. 560 que el consentimiento para el uso de los gametos a los efectos de las técnicas de fertilización asistida debe renovarse cada vez que se procede a su utilización; y por lo tanto no autoriza la inseminación *post mortem*. Cabe apuntar que la inseminación *post mortem* estaba expresamente prevista —bajo una serie de condiciones y efectos— en el art. 563 del Anteproyecto. Todo ello no fue óbice para que un juez autorizara una inseminación *post mortem*, lo cual fue festejado por el falso progresismo criollo como un triunfo (25). Por suerte también se encuentra algún precedente que ha desestimado la posibilidad de la inseminación *post mortem* con fundamento en que ello implicaría una violación de los derechos personalísimos del fallecido (26).

— Otro ejemplo muy reciente de esta corriente de pensamiento y acción se evidencia en la sentencia que ha considerado procedente autorizar la práctica de la gestación por sustitución entre dos hombres unidos civilmente —padres intencionales—, y la gestante, en la forma petitionada, es decir, por implantación del embrión formado por gametos de uno de los padres intencionales y ovodonación (donación anónima) en el útero de la gestante, toda vez que *el silencio legal otorga a los jueces un amplio margen de acción a los fines de ponderar los intereses en juego para otorgar la autorización*, pues la gestación por sustitución es una realidad que está ocurriendo en el mundo y en el país, de modo que no habilitarla obliga a los ciudadanos argentinos a recurrir a esta técnica en el extranjero, y negar la validez de esta práctica médica la convertiría en una técnica de élite. Máxime cuando del estudio completo de la causa, con el auxilio de la intervención interdisciplinaria, es posible concluir que las decisiones tomadas por cada una de las partes involucradas han implicado procesos reflexivos que les han permitido reconocer la complejidad e impacto de este procedimiento, evidenciándose de manera clara y precisa en el caso de la pareja convivencial una auténtica voluntad que traduce la genuina intención de hacer realidad la paternidad aprovechando el auxilio científico (27).

— Además de los jueces, las mismas autoridades administrativas contribuyen a este clima de jolgorio interpretativo y derogatorio del Código Civil y Comercial; veamos, si no, el art. 558, Cód. Civ. y Com. (tercer párrafo), que dispone algo que parece ser el resultado de una observación bastante comprobada de lo que sucede en la naturaleza, esto es, que nadie puede tener más de dos progenitores (art. 558, tercer párrafo); sin embargo, el Registro Provincial de las Personas autorizó, mediante una resolución, el reconocimiento paterno del primer bebé que llevará tam-

bién el apellido de sus dos madres [2015], con lo cual el niño tiene un padre y dos madres. Esto le asegura que no va a estar solo cuando la maestra llame a reuniones de padres.

— A fin de reconocer el derecho a la pluriparentalidad, para así evitar que una niña debiera optar entre su padre jurídico —no biológico y su padre biológico— no jurídico (sic), se ha invocado el art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos que bajo el epígrafe “Protección de la familia” dedica tres de sus cinco incisos a *la familia matrimonial...* (28).

— Y por supuesto la doctrina que considera que cualquiera “desigualdad” es inconstitucional. Por ejemplo, la del art. 526, Cód. Civ. y Com., que establece que el derecho real de habitación del conviviente dura dos años mientras el del cónyuge supérstite es vitalicio. Para ello se argumenta que ello “denota una diferenciación entre la elección de los diversos modelos familiares que supuestamente se pretenden tutelar en términos de equidad [...] por lo que su inclusión luce discriminatoria por diferenciar el acceso a protección de un derecho humano fundamental como es la vivienda familiar” (29). Este criterio tan absoluto en punto a la igualdad omite que el legislador puede preferir ciertas relaciones jurídicas a otras; en muchas legislaciones la familia matrimonial goza de ciertas prerrogativas que no son reconocidas a las uniones libres, con causa en que las uniones matrimoniales tienen una perspectiva de estabilidad mayor, contemplan generalmente la procreación como una finalidad de la relación, lo cual no necesariamente sucede en las uniones convivenciales, etc. De lo que se trata entonces no es de imaginar una igualdad que implique calcar derechos y obligaciones, sino de si las desigualdades establecidas por el legislador son o no razonables.

Estos pocos ejemplos revelan cómo el manejo arbitrario de ciertos principios generales permite a los jueces evadirse de la legalidad. Lo que están haciendo no es verificar la inconstitucionalidad de alguna regla concreta, sino sustituyendo el derecho aplicable por su propio e individual sentimiento de justicia.

Y sobre esto ya hemos dicho que no hay nada tan peligroso para el ordenamiento jurídico —en concreto, para la seguridad jurídica garantizada por las decisiones judiciales— como un juez que aplica una teoría prescindiendo de los cánones interpretativos y del método legalmente establecido (en particular, del sistema de fuentes). Es irrelevante cuál sea el resultado —en términos de justicia o de injusticia— de tal apartamiento; una sentencia *justa* dictada al margen del procedimiento legalmente establecido (procedimiento cuyo fin es precisamente la garantía del Estado de derecho) sencillamente no es de recibo, y ni siquiera es de recibo si por justa se entiende *ajustada a derecho* (30).

Si todo se reduce a la aplicación de una serie de principios más o menos vagos —el interés superior del niño, la familia integrada—, no solo se está limitando el derecho a su función de reso-

lución de casos judiciales, sino, peor aún, se está restando toda relevancia al derecho infraconstitucional y abriendo el cauce a lo que Irti denuncia como *puro subjetivismo* judicial, absolutamente contradictorio con el funcionamiento de un Estado de derecho (31), en el cual los ciudadanos no están obligados a hacer lo que *la ley* no manda ni privados de lo que ella no prohíbe (art. 19, CN).

Casi es superfluo decir que esta versión *ag-giornada* y elegante del derecho libre que se propone en Argentina no rige en ningún país del sistema romano germánico, pues aun el Código Civil suizo pone mayores exigencias (32). Sobre el punto hemos dicho antes de ahora —siguiendo a Elías P. Guastavino— que los “...principios no abren la puerta a una especie de derecho libre o recurso mágico para dejar de fundar una decisión, lo que desafiaría todos los moldes de las construcciones jurídicas propias del legalismo y escaparía a cualquier consideración sistemática del derecho privado” (33).

Y, para mostrar lo peligroso que es este “derecho privado de principios” ajeno o cada vez más alejado de la legalidad, basta con recordar lo que un historiador y filósofo alemán dice de la relación entre los jueces y la ley en la época del nacionalsocialismo: “No fue necesario modificar el BGB, los jueces simplemente recurrieron a un principio general que les autorizó a adecuar el derecho privado a la ideología imperante: se enseñaba públicamente que el juez estaba no solo justificado sino obligado a desviarse de la ley siempre así lo exigieran los principios del orden popular [...]. La seguridad jurídica ya no era la meta del derecho privado...” (34).

II.4. El rol de los jueces

Lo que venimos exponiendo está directamente relacionado con el rol que el Código Civil y Comercial atribuye a los jueces.

Hemos escrito hace muchos años:

— el Poder Judicial no puede ejercer atribuciones que son propias de los otros poderes; por lo que el Poder Judicial no administra ni legisla; así como el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo no pueden ejercer funciones jurisdiccionales, salvo obviamente en los casos en que la Constitución lo autoriza;

— los jueces deben fallar de acuerdo con el sistema de fuentes, esto es, aplicando el derecho vigente;

— el derecho infraconstitucional vigente puede ser dejado de lado cuando es inconstitucional, y para ello es necesario que el tribunal declare la inconstitucionalidad; de no ser así, el tribunal no puede prescindir de la norma aplicable al caso;

— el control de constitucionalidad no se extiende a la oportunidad o inoportunidad de la norma, su conveniencia o inconveniencia, justicia o injusticia (35), acierto o error, con que los otros poderes ejercen sus funciones y escogen los medios para cumplirlas;

LAFFERRIÈRE y Juan B. ELETA.

(23) El 17/12/2015, el Parlamento Europeo aprobó por resolución el Informe Anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo 2014 y las Políticas de la Unión Europea sobre esta Materia [2015/2229 (INI)], <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2015-0344+0+DOC+PDF+V0//ES> [consulta: 16/05/2018]. En mayo de 2017 se conoció el Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada, http://assets.comitede-bioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf [consulta: 16/05/2018]; y en junio de 2017 el documento “Avis nro. 126 (15 juin 2017), Avis du Comité Consultatif National d’Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé (Paris) sur les demandes sociétales de recours à l’assistance médicale à la procréation (AMP)”, http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/ccne_avis_ndegi126_amp_version-def.pdf [consulta: 16/05/2018], todos muy críticos de esta práctica.

(24) JFam. Lomas de Zamora N° 7, 30/12/2015, “H. M. y

otro s/ medidas precautorias - art. 232 del CPCC”, LA LEY, 2016-C, 89, con nota de Úrsula C. BASSET.

(25) JNCiv. N° 87, 05/05/2016, “N. O. C. P. s/ autorización”, LA LEY, 2016-D, 219, con nota crítica de Eduardo A. SAMBRIZZI.

(26) JNCiv. N° 7, 05/02/2020, “C., E. s/ autorización”, AR/JUR/158/2020; CNCiv., sala B, 03/04/2018, “D., M. H. y otros s/ autorización”, AR/JUR/20162/2018.

(27) J Civ. Com. y Fam. Villa María, 21/05/2020, “R., L. A. y otros s/ sumario”, publicado en SAJJ.

(28) JFam. y Suc. Monteros (Tucumán), 07/02/2020, “L. F. F. c. S. C. O. s/ filiación”, AR/JUR/132/2020.

(29) FAMÁ, María Victoria, “El uso de la vivienda familiar al cesar la unión convivencial”, AR/DOC/815/2015.

(30) BELTRÁN, Miguel, “Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork, una polémica constitucional”, Ed. Civitas, Madrid, 1989, p. 79.

(31) IRTI, Natalino, “*Nomos e lex* (Stato de diritto come Stato della legge)”, *Rivista di Diritto Civile*, 2016-3-589 y ss.

(32) Cód. Civil suizo, art. 1º: “A. *Application de la loi. 1. La*

loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l’esprit de l’une de ses dispositions. 2. A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur. 3. Il s’inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence”.

(33) RIVERA, Julio César, “Instituciones de derecho civil. Parte general”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2014, 6ª ed., nro. 122 bis, p. 163, con cita de GUASTAVINO, Elías P., “Los principios generales del derecho”, *Anales de la Academia de Córdoba*, ts. XVII y XVIII, a partir de p. 135.

(34) HATTENAUER, Hans, “Conceptos fundamentales del derecho civil. Introducción histórico-dogmática”, Ed. Ariel, Barcelona, 1987, trad. de Gonzalo Hernández, cap. XI, nro. II, ps. 206 y ss.

(35) Este es un punto relevante; algunos autores sostienen que se puede declarar la inconstitucionalidad de una ley en función de su justicia o injusticia (VIGO, Rodolfo, “Problemas y teorías actuales de la interpretación jurídica”, inserto en el volumen *Interpretación jurídica*, nro. II, p. 42, Buenos Ai-

— en caso de vacío de la ley, los jueces no tienen la atribución de crear la norma con la que resolver el caso, sino que deben hacerlo por aplicación de los principios generales o la analogía que son las fuentes de la interpretación integrativa (36).

De los primeros tres artículos del Código Civil y Comercial surgiría como una conclusión casi ineludible que nada ha cambiado. Los jueces deberán resolver los casos dentro del sistema de fuentes. Inclusive la referencia a la Constitución no es nueva en el derecho argentino: la ley 27 dispone que “la justicia nacional procederá siempre aplicando la Constitución y las leyes nacionales a la decisión de las causas...”, y su art. 3º destaca como uno de sus objetivos el “...sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella”.

Obviamente, la mera subsunción y la formulación de un silogismo están desechados; el juez debe operar con todas las fuentes y, si de la interpretación que de estas haga resulta más de una solución posible al caso concreto, debe optar por aquella que, siendo coherente con la totalidad del ordenamiento, evite una clara injusticia. Y, ante dos soluciones (una de las cuales es conforme a la Constitución y otra contraria a esta) que llevarían a la declaración de inconstitucionalidad, ha de preferir la primera.

Pero lo cierto es que los poderes de los jueces aparecen muy ampliados en el Código Civil y Comercial, no porque se autorice a estos a resolver creando la norma que hubieran dictado de ser legisladores, como lo hacen —con limitaciones— los Códigos suizo y portugués, sino porque hay una recurrencia casi abusiva a los estándares —buena fe, moral y buenas costumbres— y en múltiples oportunidades se autoriza a los jueces a resolver lo que consideren equitativo o justo.

Por ejemplo: el estándar de la moral y buenas costumbres es usado a lo largo del Código en los arts. 10, 55, 279, 344, 386, 398, 958, 1004, 1014; la moral aparece como pauta en los arts. 1796, 2047, 2468. La buena fe se menciona en incontables oportunidades; “el juez puede” aparece también en muchos artículos; la equidad, en los arts. 1742 y 1750; equitativamente, en los arts. 1255 y 1261. Se confiere a los jueces la posibilidad de modificar los contratos privados cuando esté afectado el orden público (art. 960), y se consideran abusivas las cláusulas que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente, que resultan de normas supletorias (art. 988, inc. c), por lo que el juez las tiene por no escritas y puede integrar el contrato (art. 989).

A esta altura del discurso podemos recordar lo que se dice en un muy interesante trabajo: “Por otra parte, me parece que la afirmación de que la buena fe tiene —para la inmensa mayoría de los juristas y jueces— justamente un carácter sumamente ‘plástico’ es indemostrable por lo evidente. Se sabe que en el derecho, en el cual ‘explotó’ la buena fe —el alemán—, el concepto se utilizó para fundar innumerables fallos con muy poca relación unos con otros,

razón por la cual se ha dicho con acierto que es hora de ‘domesticar al monstruo’. En el derecho alemán se entiende generalmente que la buena fe es ‘esencialmente indefinible’, y lo que uno más puede esperar es una lista o *Fallgruppen*, pues es una ‘norma abierta’. En el derecho francés se ha visto ya también que la buena fe es tenida como esencialmente indeterminada, pues es un concepto ‘plástico’, ‘vago’, ‘impreciso’ y ‘oscuro’. En el derecho norteamericano ha sido muy influyente el concepto ‘excluyente’ de *good faith* de Robert S. Summers, que ha definido en forma negativa a la buena fe, pero sin intentar siquiera una definición positiva [...]. En suma, me parece fuera de toda discusión el hecho de que la buena fe es generalmente considerada como una ‘cláusula general’, y, por ende, elástica y adaptable a la lectura personal del intérprete [...]. En la medida en que la buena fe sea un concepto eminentemente abierto e indeterminado, crece el poder del juez. Y cuando este puede vaciar el molde con su propia visión del asunto, o de la vida social o política al interpretar el contrato, el resultado es absolutamente incierto...” (37).

En síntesis, *el juez se erige en el operador jurídico por excelencia al que se remite constantemente la normativa del Código (38).*

II.5. De ciertos excesos de los jueces en el ejercicio de sus facultades (39)

Los excesos de los jueces no los encontramos solo en la resolución de los casos, sino también en la casi insólita creación de deberes a los particulares que carecen de todo fundamento normativo.

Así, un tribunal de Rosario ordenó a los padres leer a sus hijos la Convención de Derechos del Niño y *El Principito*; más allá de que aparece como una intrusión en la vida privada familiar absolutamente inconciliable con la segunda parte del art. 19, CN, lo cierto es que, además, crea un deber jurídico que no tiene su fuente en ley alguna, sino exclusivamente en la voluntad del juez, quien ha actuado como legislador.

Otro tribunal dispuso ordenar la suspensión y renovación de la licencia de conducir del progenitor hasta tanto cumplimente la deuda alimentaria o preste caución suficiente para satisfacerla, pues el derecho alimentario constituye un derecho humano básico que deriva del derecho a la vida y el incumplimiento del pago de la cuota compromete el derecho de los hijos a un nivel de vida adecuado; por otro lado, su conducta omisiva configura a todas luces un caso de violencia de género de tipo económica y patrimonial, donde la falta de pago de la mesada alimentaria afecta directamente a la madre, ocasionándole un deterioro de su situación económica, ya que debe cubrir de manera exclusiva las necesidades materiales de su hija, con la consiguiente limitación injustificada de sus propios recursos económicos (40).

Y pocos días atrás una resolución de una jueza de primera instancia en lo Comercial ordenó al Consejo Profesional de Ciencias Económicas desarrollar un programa de computación para las verificaciones de créditos. Por supuesto, el Consejo interpuso una revocatoria con apelación en subsidio, pero el tribunal mantuvo lo resuelto y concedió el recurso.

Estas sentencias resultan sorprendentes en tanto soslayan lo que Werner Goldschmidt llamaba el principio ontológico del derecho, consagrado por nuestro art. 19, CN, cuando dice que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.

II.6. De otros valores del Código Civil y Comercial

En un artículo reciente en el que el autor elogia su propia obra, Ricardo Lorenzetti destaca como valores del Código Civil y Comercial “el diálogo de fuentes expresamente establecido para articular la Constitución, los tratados, el Código, las leyes infraconstitucionales, la jurisprudencia y la costumbre”, y “La incorporación de una teoría de la decisión judicial democrática porque el juez debe decidir razonablemente (art. 3º), es decir, está sometido al control argumentativo de la razonabilidad” (41).

II.6.a. Sobre el diálogo de fuentes

Explica Gonzalo Sozzo (42), distinguido profesor de la Universidad Nacional del Litoral, que el “diálogo de fuentes” es una teorización alternativa y superadora del dispositivo de resolución de antinomias del derecho moderno, que se basaba en la idea de que una regla debe excluir a la otra por razones temporales, de la especificidad o de jerarquía. Se refiere a las reglas: ley posterior deroga ley anterior; ley especial deroga ley general; norma de jerarquía superior deroga norma de jerarquía inferior (v.gr., una norma constitucional tiene efecto derogatorio sobre cualquier ley o decreto que la contradiga).

Según esta formulación, el sistema normativo es un complejo producto de la convivencia de diferentes racionalidades regulatorias; por ello, unas reglas de resolución de conflictos normativos que hicieran prevalecer unas sobre otras equivaldrían a una pérdida de riqueza por disminución de la diversidad. De modo que el diálogo de fuentes se propone, para el caso de conflictos normativos, poner en práctica una labor de coordinación entre las fuentes, lo cual tendría importancia en el sistema de derecho privado, donde convive el Código con los microsistemas tales como las Leyes de Defensa del Consumidor, de Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes o de Sociedades.

Desde nuestro punto de vista, esta idea del diálogo de fuentes no agrega nada a lo ya conocido. Por empezar, desde el siglo XIX, Savigny hablaba del elemento sistemático de la interpretación jurídica, que importa concebir el ordenamiento normativo como un todo, lo que implica por lo tanto coordinación entre las fuentes normativas. Y, en el ámbito propio del derecho civil y como una consecuencia de la generación de microsistemas legislativos, se afirma desde hace décadas que el Código opera como una suerte de centro del sistema alrededor del cual orbitan los microsistemas. El Código es el tejido conjuntivo que permite la interacción entre estos y los hace comprensibles.

Por lo demás, la coordinación se hace mientras sea posible. Pero, si una norma contraviene claramente una disposición constitucional, no siendo por lo tanto susceptible de una interpretación acorde con el texto de la Constitución, no cabe duda de que prevalece la de jerarquía supe-

rior; por ello hemos hablado del efecto derogatorio de la Constitución; así, durante la vigencia del Código hoy derogado, se sostuvo la derogación de la regla del Código que establecía la administración del marido sobre los gananciales de origen dudoso. Lo mismo pasa con el nuevo Código Civil y Comercial en varias oportunidades; así, al establecer que “la apertura del concurso [...] no hace caducar el plazo” (art. 353), ha derogado la regla implícita de la Ley de Concursos que establecía que el concurso preventivo sí hace caducar el plazo; es que el plazo caduca o no caduca, no caben “interpretaciones coordinadoras”.

La idea básica es que, si conviven dos disposiciones que se dirigen a la misma relación o situación jurídica, debe prevalecer la idea de la coordinación. De allí que el derecho infraconstitucional deba ser interpretado y aplicado a la luz de la Constitución, como lo dispone el art. 1º, Cód. Civ. y Com. La derogación —por vía de la declaración de inconstitucionalidad— de la norma de jerarquía inferior es excepcional, y solo sucede cuando la de menor jerarquía es definitivamente incompatible con la Constitución, como en el ejemplo que hemos dado de los bienes gananciales de origen dudoso.

Lo mismo sucede cuando los órdenes normativos están en la misma jerarquía. El Código Civil y Comercial y la Ley de Defensa del Consumidor son leyes, por lo que debe prevalecer la interpretación que permita la subsistencia de las reglas de ambos ordenamientos. Solo por excepción cabría sostener la derogación de una de estas por la aplicación de los criterios de temporalidad o de especificidad.

Nos parece que la idea del “diálogo de fuentes” no agrega mucho y solo es una nueva etiqueta para desarrollos que la doctrina venía haciendo desde hacía mucho tiempo.

II.6.b. La razonabilidad

La afirmación de que el Código incorpora una teoría de la decisión judicial democrática, porque exige que el juez dicte una sentencia razonable, es francamente sorprendente si con ello se pretende decir que esto es una innovación o aporte del Código Civil y Comercial. Es que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha utilizado la pauta de la razonabilidad desde hace décadas, y la ha aplicado tanto al control de constitucionalidad de las leyes cuanto de las decisiones judiciales.

II.5.c. La situación de la mujer, las familias y las restricciones a la capacidad

En cambio, sí es evidente que el Código Civil y Comercial importa un extraordinario avance en tres materias cruciales para la vida social: la igualdad entre el hombre y la mujer, el reconocimiento de nuevas formas de familia y la regulación de la discapacidad causada por alteraciones mentales o adicciones partiendo de la idea de que las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona. Excedería notablemente del objetivo de esta comunicación extendernos sobre estos puntos, pero es imperioso puntualizarlos, porque constituyen pilares sobre los que se sostiene todo el derecho de las personas y de las familias.

{ NOTAS }

res - Santa Fe, 1999, nota 28, p. 34, con el apoyo de Sagués y Bidart Campos; este último en “¿Pueden los jueces juzgar la inconstitucionalidad de una ley por causa de su injusticia?”, ED 119-311). En contra de este criterio, se afirma que la inconstitucionalidad por injusticia contraría la división de poderes: ORGAZ, Alfredo, “Los jueces y las leyes injustas”, LA LEY 75-757. El problema grave que plantea este tema es “dónde encuentra el juez el criterio de justicia”: en su propia valoración, en su propio “sentido de justicia”, como afirma Borda. Desde nuestro punto de vista, esto es inadmisibile; la valoración de la ley como injusta y, por ende, como inconstitucional, debe hallarse exclusivamente en la contradicción palmaria de esa ley con una norma constitucional (regla expresa o principio constitucional). Con lo cual el problema inicial se diluye, pues

el criterio de justicia ha de estar expuesto en la Constitución y el legislador se ha apartado de él; pero no es la propia convicción o sentimiento individual de justicia del juez el que puede permitirle apartarse de la ley para prescindir de su aplicación. De otro modo, cabría admitir que el juez encontrase *injusta* una norma constitucional —v.gr., la famosa cláusula transitoria 9ª— y prescindir de su aplicación.

(36) RIVERA, Julio César, “Límites de las facultades judiciales (en el régimen de división de poderes y en el sistema de fuentes del derecho privado argentino)”, LA LEY, 1999-D, 1229; publicado también en *Rev. Crítica de Derecho Privado*, nro. 1, Montevideo, 2004, p. 167.

(37) MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, Roberto, “¿Contratos hechos por jueces? 4 1/2 sugerencias para

evadir al juez cadí en la interpretación del contrato”, JA, AP 0003/013945.

(38) NEGRI, Nicolás J., “Análisis crítico de los arts. 1º, 2º y 3º del Título Preliminar del Código Civil y Comercial”, RCCyC, año II, nro. 11, diciembre/2016, p. 59.

(39) Debe reconocerse que ciertos excesos de los jueces, que resuelven al margen del sistema de fuentes o puramente en equidad, no son producto exclusivo del Código Civil y Comercial, pues durante la vigencia del Código de 1869 también se produjeron estos excesos, como hemos intentado mostrarlo en nuestro trabajo “Límites de las facultades...”, ob. cit.; y también es cierto que el Código de Vélez también fue pródigo en atribuir facultades a los jueces así como en la utilización de estándares como la moral y buenas costumbres: v. RIVERA, Julio César,

“En defensa de los Códigos (el viejo y el nuevo)”, LA LEY, 2015-E, 895; AR/DOC/3337/2015.

(40) JFam. 8ª Nom. Córdoba, 27/04/2020, “M., E. E. y otro s/ solicita homologación”, AR/JUR/20996/2020. En la ciudad de Buenos Aires se ha llegado a una solución análoga, pero con fundamento en que el otorgamiento de la licencia se excluye en caso de estar incluido en el Registro de Morosos de Obligaciones Alimentarias, y se ha considerado que tal exigencia no es arbitraria.

(41) LORENZETTI, Ricardo L., “Cinco años de vigencia...”, ob. cit.

(42) SOZZO, Gonzalo, “El diálogo de fuentes en el derecho del consumidor argentino”, *Rev. de Derecho de Daños* 2016-1-223; en particular a partir de p. 229.

III. La aplicación de la ley en el tiempo

III.1. Algunos ejemplos de aplicación inmediata y de supervivencia de la vieja ley

Este tema lo hemos tratado extensamente en una anterior comunicación, por lo que me remito a lo allí expuesto (43).

Simplemente he de señalar que pese al discutible efecto inmediato que consagra el primer párrafo del art. 7º (44), y que ya establecía el art. 3º del Código derogado a partir de la reforma de 1968, la jurisprudencia ha excluido vastos sectores de la aplicación del nuevo Código Civil y Comercial a relaciones jurídicas establecidas con anterioridad. Así, no solo las reglas supletorias de los contratos —exceptuadas expresamente por el texto legal—, sino que también la responsabilidad por hechos ilícitos se juzga por la ley vigente al tiempo de la producción del daño, con lo cual se sigue el criterio que ya inspiró a la mayor parte de la jurisprudencia cuando se sancionó la ley 17.711. Sin perjuicio de ello, algunos tribunales invocan los preceptos del Código Civil y Comercial como un argumento de autoridad que viene a confirmar la interpretación del derecho anterior aplicado al caso.

En cambio, se ha resuelto la aplicación inmediata del Código Civil y Comercial a los intereses moratorios producidos a partir de su entrada en vigencia pues son una consecuencia no agotada de la relación jurídica y que, sobre tal base, deben regirse por la ley nueva utilizándose la tasa activa (del voto en disidencia de la Dra. Tevez) (45).

Así como las reglas que disciplinan la forma de poner fin a contratos de duración indeterminada, si la declaración de voluntad extintiva tuvo lugar después del 01/08/2015, ya que el carácter imperativo de tales normas hace que sean de aplicación inmediata (46).

Del mismo modo se ha resuelto que la guarda de hecho dada por la madre a una persona con finalidad de adopción se juzga por la ley vigente al tiempo en que esa entrega se hizo efectiva (47); y se propicia que las actividades profesionales de los abogados se remuneren de acuerdo con la Ley de Aranceles vigente al tiempo en que esos trabajos fueron realizados (48). Esto supone en el primer caso no aplicar el régimen del Código Civil y Comercial y en el segundo no aplicar la Ley de Aranceles, vigentes ambos al tiempo de juzgar. También los vicios de los actos jurídicos se juzgan de acuerdo con la ley en vigor al tiempo del otorgamiento del acto (49).

Esto demuestra que hay grandes sectores del derecho que siguen regidos por la ley precedente.

Donde los tribunales se muestran proclives a aplicar el Código Civil y Comercial es en materia de capacidad, particularmente en lo relacionado con los procesos de declaración de incapacidad promovidos antes del 1 de agosto de 2015. Es

una solución obviamente correcta; las leyes sobre capacidad son de aplicación inmediata (50) y muchas de las nuevas normas son de carácter procesal. Pero las nuevas normas sobre capacidad no serían aplicables para dilucidar la validez o invalidez de un acto jurídico celebrado con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, pues esas condiciones de eficacia hacen a la constitución de la relación o situación jurídica y por ello no son afectadas por cambios posteriores (51). De modo que, si un acto jurídico fuera nulo porque quien lo otorgó era menor al tiempo de hacerlo, seguiría siendo inválido aun cuando la nueva ley redujera la edad a la cual se adquiere la plena capacidad civil (52). A pesar de la claridad de estos conceptos, un Tribunal de Familia de Rosario aplicó el Código Civil y Comercial a una nulidad de matrimonio causada por el vicio de error; es más que obvio que los vicios de los actos jurídicos se rigen por la ley vigente al tiempo de la celebración (53). Sin embargo, el Tribunal de Familia dijo que si bien los hechos se habían producido y el juicio se había iniciado antes de la vigencia del Código, se trataba de “consecuencias” regidas por el Código nuevo. Lo cual revela que la noción de “consecuencias” usada en el art. 7º y que proviene de la fuente es confusa, como lo hemos denunciado anteriormente.

La Corte Suprema también ha aplicado de manera inmediata el Código Civil y Comercial en materia de nombre de las personas, en un caso en que se pretendía la declaración de inconstitucionalidad de la imposición legal del apellido del padre a los hijos (54).

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que la materia conserva algunos bolsones de incertidumbre causados por la carencia de normas específicas de derecho transitorio.

Otro sector en que los tribunales aplican el Código Civil y Comercial de manera inmediata, aun existiendo juicios en trámite, es el derecho de familia, lo cual se justifica en que las sentencias en materia de divorcio o filiación son constitutivas, y no meramente declarativas. Pero, si la relación jurídica se había extinguido antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, no es posible invocarlo para pretender sus efectos; por ello los tribunales han rechazado la pretensión de atribución de una prestación compensatoria si la unión convivencial había terminado antes del 1 de agosto de 2015 (55).

III.2. La cuestión polémica: la aplicación de la nueva ley a los juicios en trámite

Esta materia, como es bien conocido, dio lugar a una acordada de un tribunal de provincia seriamente criticada por Aída Kemelmajer, de lo que derivó un cambio de opiniones con el autor de esta comunicación (56).

Si los tribunales y la doctrina hubieran sido fieles a las ideas de Roubier, hubieran debido

concluir que las nuevas leyes de fondo no se aplican a los procesos en trámite, pues este autor dice con toda claridad que lo que juzga el tribunal son (las consecuencias jurídicas de) hechos y eso lo hace aplicando *la ley vigente al tiempo de los hechos*; de modo que si se pretendiera aplicar una ley distinta, no estaríamos ante el efecto inmediato de la nueva legislación sino ante un efecto retroactivo (57).

Ello se excepciona —como lo dijimos poco más arriba— en el caso en que la sentencia a dictarse sea constitutiva. De allí que las nuevas leyes en materia de filiación o divorcio deban aplicarse —según Roubier— a los procesos en trámite.

Pero he aquí que la Corte Suprema afirma tener establecida una doctrina según la cual sus sentencias “deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario, y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión de la Corte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos, en tanto configuren circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir” (58). Y fue sobre esa base que resolvió revocar sentencias de divorcio recaídas con anterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial y mandó que volvieran a la jurisdicción ordinaria para que los procesos se tramitaran conforme al nuevo régimen de la materia “en resguardo del debido proceso y de la garantía de defensa en juicio” (59).

Hemos hecho la crítica de estas afirmaciones de la Corte Suprema en trabajos anteriores.

Sin perjuicio de lo cual volvemos a destacar lo que para nosotros es la razón fundamental para rechazar la aplicación de las nuevas leyes a los procesos en trámite: simplemente, *si el Estado tuviera la posibilidad de cambiar el curso de los procesos cambiando la ley aplicable al o los casos, simplemente desaparecería todo rastro de la seguridad jurídica*. Imaginemos solamente que a todos los casos en que se debate la responsabilidad del Estado por hechos ocurridos antes del 07/08/2014 se les aplicara la nueva ley de (ir)responsabilidad del Estado 26.944.

III.3. Derechos adquiridos en razón de sentencias firmes: la cuestión del derecho a alimentos

El efecto inmediato también reconoce como límite las garantías constitucionales. De allí que resulte cuestionable la jurisprudencia de la Cámara Civil que sobre la idea del efecto inmediato ha resuelto que cesan los alimentos atribuidos por una sentencia firme con fundamento en la declaración de culpabilidad exclusiva del divorcio del cónyuge obligado a pagar tales alimentos (60). En ese caso —según nuestro entendimiento— la Cámara Civil ha avasallado el derecho de propiedad del acreedor a los ali-

mentos (61). Una sentencia de San Isidro del año 2019 ha resuelto lo opuesto, esto es, que subsiste la obligación alimentaria causada en sentencia firme dictada antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (62).

III.4. La adecuación de los conjuntos inmobiliarios

El art. 2075 dispone que todos los conjuntos inmobiliarios deben constituirse bajo el régimen del derecho real de propiedad horizontal, y luego concluye que “Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales deben adecuarse a las previsiones normativas que regulan este derecho real”.

Cabe destacar que esta no era la solución del Anteproyecto, el cual autorizaba que los conjuntos inmobiliarios se configuraran como derechos personales o que coexistieran ambos tipos de derechos.

La razón de ser de la modificación que el Poder Ejecutivo Nacional hizo al Anteproyecto es indiscutible, pero lo peor es la exigencia de adecuación, pues obviamente constituye una aplicación retroactiva de la ley que afecta derechos adquiridos. Al respecto, Roubier sostenía que la nueva ley no puede volver sobre las situaciones jurídicas consolidadas bajo el derecho vigente al tiempo de esa consolidación. Y esto es justamente lo que hace el Código Civil y Comercial en el malhadado art. 2075.

Pero lo cierto es que la exigencia de adecuación había quedado casi en el olvido, hasta que el inefable inspector general de Justicia dictó la res. 25/2020 en la que ya decidió que la regla del art. 2075 no es inconstitucional, y puso un plazo exiguo —en plena pandemia— para que los clubes de campo y todo otro conjunto inmobiliario, organizados como asociación bajo forma de sociedad, adecuen su organización a las previsiones normativas del derecho real de propiedad horizontal.

Una lamentable afectación de derechos consolidados por una ley sobreviniente, que en definitiva viene a demostrar que el tema de la aplicación de la ley en el tiempo se ha tomado a la ligera y la pretensión —a veces rayana en el fanatismo— de aplicar a toda costa el nuevo Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes conspira contra la seguridad jurídica y el derecho de propiedad constitucionalmente tutelado.

IV. Los derechos personalísimos

Lorenzetti destaca recientemente al humanismo como uno de los valores centrales del Código Civil y Comercial (63), habiendo puntualizado antes que “[L]a persona se presenta como un núcleo de irradiación de derechos. En tanto este

{ NOTAS }

(43) RIVERA, Julio César, “Política legislativa y judicial en materia de derecho transitorio”, RCCyC 2017 (febrero), 149; LA LEY, *Supl. Academia Nacional de Derecho* 2016 (diciembre), 5; AR/DOC/4009/2016.

(44) La tesis de Paul Roubier, expuesta en sus obras “Les effets des lois dans le temps”, Ed. Sirey, París, 1928-1933; “Droit transitoire”, Ed. Dalloz, París, 1960, está hoy en tela de juicio. Ver CASU, Gatien, “¿Faut-il encore enseigner Roubier?: Méthode scientifique et méthode pragmatique en matière d'application de la loi nouvelle aux contrats en cours”, RTDCiv 2019-785.

(45) CNCom., sala F, 03/05/2016, “Bianchini, Germán Reginato c. Telefónica de Argentina SA”, ED 267-492; AR/JUR/32845/2016.

(46) CNCom., sala D, 01/03/2016, “Sola, Andrés Valentín c. Diageo Argentina SA s/ ordinario”, AR/JUR/12070/2016.

(47) CCiv. y Com. Mercedes, sala I, 17/04/2018, AR/DOC/33789/2018.

(48) GUDIÑO, Fernando, “Aplicación temporal de la Ley de Honorarios Profesionales a los procesos judiciales en trámite y a las regulaciones judiciales firmes”, LA LEY, 2018-C, 1183; AR/DOC/445/2018.

(49) CNCiv., sala A, 27/12/2017, JA 2018-III, fasc. 1, p. 68.

(50) Sobre el tema, v. OLMO, Juan P. - PRACH, Eliana M., “Aplicación de la ley en el tiempo en materia de restricciones a la capacidad jurídica en el nuevo Código”, LA LEY, 2016-D, 288; OLMO, Juan P., “Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos en trámite: jurisprudencia en materia de persona, familia y sucesiones”, RCCyC 2016 (abril), 113; AR/DOC/936/2016.

(51) De allí que sea errada una sentencia que declaró no aplicable el art. 26 del Cód. Civ. y Com. a un conflicto relativo al consentimiento prestado por un menor para la publicación de fotografías, con el argumento de que esa norma atribuye capacidad para la disposición del propio cuerpo, y no se refiere a vínculos comerciales o laborales. En realidad, no es aplicable porque el acto jurídico se celebró bajo la vigencia del Código anterior: CNCiv., sala B, 10/02/2016, “N., F. N. c. Ed. Televisa Argentina SA”, JA 2016-III, fasc. 1.

(52) Sobre el punto, v. las propuestas de Brebbia en Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, cit. en ED 36-729, en particular p. 738, segunda columna.

(53) Por ello se rechazó la aplicación del vicio de lesión a los negocios celebrados antes de la entrada en vigencia de la ley 17.711: MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “La lesión

(art. 954) y el conflicto de leyes en el tiempo”, JA (Doctrina) 1971-825; BERGOGLIO, M. Teresa - BERTOLDI, María V., “Imposibilidad de aplicar el nuevo art. 954 a los actos celebrados con anterioridad a su vigencia”, ED 67-632. Conf. con este criterio el mismo ROUBIER, Paul, “Droit transitoire”, ob. cit., nro. 42, p. 191.

(54) CS, 06/08/2015, “D. I. P., V. G. y otro c. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ amparo”, Fallos 338:706.

(55) CS Tucumán, 14/10/2015, “G. M. c. Z. J. A. s/ especiales (residual)”, AR/JUR/47712/2015.

(56) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “El art. 7º del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme”, LA LEY, 2015-B, 1146; “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”, LA LEY, 2015-C, 951; RIVERA, Julio César, “Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el Congreso)”, LA LEY, 2015-C, 645; RIVERA, Julio César, “Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite”, LA LEY, 2015-C, 1112.

(57) ROUBIER, Paul, “De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours”, *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz - Sirey, 1960, p. 537.

(58) CS, 29/03/2016, “Terren, M. M. D. c. Campill, Eduardo Antonio s/ divorcio”, AR/JUR/9597/2016; 18/10/2016, “B., O. F. c. N., V. C. s/ divorcio, art. 214, inc. 2º, del Cód. Civil”, AR/JUR/70654/2016.

(59) CS, 29/03/2016, “Terren, M. M. D. c. Campill, Eduardo Antonio s/ divorcio”, consid. 6º.

(60) Apoyando la decisión judicial, KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - MOLINA de JUAN, Mariel F., “La obligación alimentaria del cónyuge inocente y el derecho transitorio. Cuando las piezas se van acomodando”, LA LEY, 2016-C, 460; AR/DOC/1550/2016.

(61) RIVERA, Julio César, “Confiscación judicial del crédito por alimentos”, JA 2017-II, fasc. 8; LA LEY, 2017-C, 1010; AR/DOC/1542/2017.

(62) CCiv. y Com. San Isidro, sala III, 28/02/2019, “F., M. C. c. M., R. C. s/ incidente del art. 250 del CPCC”, AR/JUR/8562/2019.

(63) LORENZETTI, Ricardo L., “Cinco años de vigencia...”, ob. cit.

fenómeno ha sido captado en los tratados internacionales y en las Constituciones, se produce un enlace, un punto de contacto entre el derecho privado y el público constitucional” (64).

Sin duda el principio general de inviolabilidad de la persona y la enumeración —no taxativa— de los derechos de la personalidad espiritual y física que el Código Civil y Comercial contiene a partir del art. 51, importan la consagración de una antigua aspiración de la doctrina (65).

La jurisprudencia ha hecho además una aplicación fructífera de estas reglas, tanto en el ámbito del derecho a la imagen e intimidad, reconociendo el derecho al olvido. Cabe puntualizar que es este un ámbito en el cual la jurisprudencia de la Corte Suprema había abierto caminos a partir de su famoso pronunciamiento en la causa “Ponzetti de Balbín y otros”, aunque siempre con un riguroso cuidado de no afectar la libertad de prensa; entre ellos “Campillay”, “Granada” (66), “Triaca” (67), “Espinosa” (68), “Acuña” (69) y “Ramos” (70).

V. La cuestión de la capacidad de los menores

V.1. Principios rectores

El régimen de capacidad, tanto de los menores como de las personas que sufren enfermedades mentales o padecen adicciones, está presidido por la idea de reconocer la mayor autonomía posible. Lo cual es obviamente encomiable, pues la autonomía personal es uno de los principios básicos del liberalismo político que inspira a nuestra Constitución y aparece como inspirador de la Convención de Derechos del Niño.

De allí que a los menores se asegure la participación en las decisiones sobre su persona y en los procesos judiciales que le conciernen.

V.2. Algunas observaciones (71)

Pero el régimen se presta a algunas observaciones.

Por empezar no queda claro cuál es el estatus básico de los menores; ello así porque el art. 24, inc. b), dice que son incapaces las personas que no cuentan con la edad y el grado de madurez suficiente; mientras que el art. 26, segundo párrafo, dice que la que sí cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí *los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico*. Es tal la confusión que generan estos preceptos que en las Jornadas de Derecho Civil de Bahía Blanca (2015) hubo dos despachos; uno que predica que los menores se presumen capaces y otro que sostiene exactamente lo contrario.

Desde nuestro punto de vista, la cuestión interpretativa se genera en el hecho de que el Código Civil y Comercial ha pretendido poner bajo las mismas reglas a la capacidad para el otorgamiento de actos jurídicos y a la capacidad para disponer sobre sus derechos personalísimos, para actuar en juicio y para decidir en los asuntos que le conciernen sea con relación a la salud, el propio cuerpo u otros ámbitos.

Sobre el punto, las legislaciones contemporáneas que sin duda siguen el mismo camino que sigue el Código Civil y Comercial suelen hacer una distinción: la capacidad plena se adquiere en algún momento definido por un fraccionamiento etario; así lo resuelven el Código francés, el italiano, el brasileño, el alemán. Y lo que

queda sujeto a una apreciación del grado de madurez suficiente es la aptitud del sujeto para las otras decisiones, esto es, aquellas personalísimas como aceptar o rechazar un tratamiento médico, participar de actividades que impliquen una acción personal como practicar un deporte o representar un papel en una obra de teatro o prestar su imagen para una publicidad.

Con ello —sin afectar el principio de autonomía progresiva ligado al estándar del grado de madurez suficiente— se logra un régimen de capacidad que da mayor seguridad a los terceros que se relacionan con el menor.

El mismo art. 26 contiene también dos párrafos que se refieren a la aptitud del sujeto a partir de los 13 años para decidir sobre su propio cuerpo; disponiendo en el último párrafo que quien ha cumplido 16 años es considerado un adulto con relación a las decisiones atinentes a su propio cuerpo.

La cuestión de los adolescentes-adultos ha dado lugar a algunas controversias, en particular si ellos tienen capacidad patrimonial para celebrar los contratos relacionados con esos actos de disposición del propio cuerpo para los cuales el art. 26 les reconoce capacidad plena.

V.3. La representación

Un tema que da lugar a problemas prácticos es la representación de los menores, porque el Código Civil y Comercial contiene un precepto extremadamente curioso. Me refiero al art. 639, inc. b). El art. 639 dice que la responsabilidad parental se rige por ciertos principios: el interés superior del niño, la autonomía progresiva y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. Hasta allí no habría nada que objetar, ya que el precepto se alinea con los criterios que emanan de la Convención de Derechos del Niño y tiene un amplísimo —por no decir unánime— respaldo doctrinario y en el derecho comparado.

Pero el inc. b), luego de aludir a la autonomía, agrega: “A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos”.

Es casi superfluo señalar que disminuye o aumenta todo lo que se puede contar, pesar o medir. Así puede haber más o menos humedad, puede aumentar o bajar el precio de la electricidad o el consumo de combustibles.

Pero ¿cómo medir, pesar o contar la representación? ¿Puedo ser representante al 62% de mi hijo menor y al 77% de mi hijo mayor, porque el menor es más maduro que el mayor? ¿O cuando mi hijo tiene 14 años lo represento en un 50% y cuando tiene 16 lo represento en un 25%?

Esto es literalmente inasible.

Y genera problemas en la práctica, pues aquí el tema no radica solo en la relación representante-representado, sino en la relación de ellos con terceros.

Si un menor actúa en juicio representado por su padre, ¿esa representación se va “achicando” a medida que pasa el tiempo?; y lo que el padre representante haga ¿obliga o no al menor?

Veamos un caso real. La Cámara de Apelaciones de Azul ha resuelto que la madre de una ado-

lescente no se encuentra legitimada para apelar, en nombre de su hija, la sentencia que rechazó una acción de daños contra su padre, en tanto la menor se presentó en el juicio con su letrada patrocinante especialista en niñez, y se evidenció por su edad y madurez que comprende todo lo debatido; esto desplaza la representación de la madre en aquello que se refiere a su defensa técnica legal (72).

En el caso citado la representación disminuyó tanto que desapareció; pero mientras tanto la contraparte debió contestar el traslado, quizás tuvo que pagar honorarios a su abogado para que hiciera la respuesta al memorial, el abogado siguió la procuración, seguramente se dio una vista al Ministerio Pupilar, y el tribunal tuvo que estudiar el expediente; todo ello para nada, solo para que se declarara que la madre no era ya representante de su hija suficientemente madura. Aunque la ley no extingue la representación por el solo hecho de la madurez suficiente, solo la disminuye... Y si la madre no apelaba, ¿no se hubiera hecho pasible de algún reproche por su inacción en el ejercicio de la autoridad parental? En fin, es un régimen tan fluido de la representación que solo sabemos si quien la ejerce es o no representante *ex post*, esto es, cuando el tribunal dicta sentencia.

Por otro lado, la actuación de los menores en juicio con los abogados del niño ha dado lugar a una copiosa jurisprudencia que refleja la inventiva de las partes y de los abogados, porque —por ejemplo— se ha pretendido que actúe con abogado un niño de cuatro años, y lo peor es que el juez de primera instancia lo había admitido; por suerte la Cámara revocó la decisión (73). Y en otro caso se decidió que la intervención de un menor de 9 años en el proceso se debía viabilizar a través de la designación de un tutor *ad litem* (74).

Cabe señalar que la jurisprudencia también ha definido, creemos que acertadamente, que la función del abogado del menor es la de patrocinante.

VI. Las obligaciones en moneda extranjera

V.1. Regla general y excepciones

Entramos ahora al derecho patrimonial y comenzamos por uno de los temas más conflictivos: cómo se cumplen las obligaciones en moneda extranjera.

Sabido es que el Anteproyecto contenía una regulación distinta a la finalmente sancionada, que remite al régimen de las obligaciones de dar cantidades de cosas —categoría que el Código Civil y Comercial no contempla— y habilita el cumplimiento por equivalente.

La duda que se ha planteado es si esta es una disposición imperativa o meramente supletoria de la voluntad de las partes. Esta última tesis ha sido sostenida por un sector de la doctrina (75) y ha encontrado recepción en la jurisprudencia, la que incluso ha llegado a sostener que las restricciones impuestas a la adquisición de moneda extranjera no son razón suficiente para aceptar el cumplimiento por equivalente, pues existen otras operaciones a través de las cuales las personas pueden hacerse de dólares (76). Además, de tal calificación deriva que el art. 765 no se aplica a los contratos celebrados con anterioridad al 01/08/2015.

Alguna doctrina minoritaria ha sostenido que la norma es imperativa (77), y esa parece haber

sido la interpretación que hizo el mismo legislador al sancionar la Ley de Contratos de Participación Público-Privada, en tanto expresamente excluye la aplicación del art. 765, lo cual permite inducir que para el legislador la norma del Código Civil y Comercial no es renunciabile en el contrato y por ello la suprime por vía legal.

Por otra parte, cabe señalar que existen numerosas excepciones, pues en los contratos bancarios, en el mutuo, el depósito, se debe cumplir entregando la misma especie recibida.

V.2. ¿Hasta cuándo?

A nuestro juicio, esta jurisprudencia va a cambiar al primer cimbronazo financiero; pues es claramente una disposición tendiente a proteger a la parte que —al menos como principio— es la más débil de la relación.

Quizás un indicio lo están dando algunas decisiones judiciales muy recientes, como la que dispuso cautelarmente fijar el precio del canon locativo de un edificio utilizado por un canal de televisión a un tipo de cambio US\$ 1 igual \$ 54 por nueve meses, pues al contexto de economía inflacionaria que se atraviesa se sumaron, como agravantes, la situación de “*default técnico*” de público y notorio conocimiento, que trajo aparejada aún más alza en la moneda extranjera, como así también otro elemento decisivo y sorpresivo como el COVID-19, lo cual torna más oneroso el cumplimiento de las obligaciones (78).

Y también merece conocerse una sentencia que dispuso como medida cautelar la suspensión provisoria de la obligación contractual inherente al pago de las cuotas correspondientes al plan de ahorro respecto de un automóvil, desde la fecha de inicio de esta acción y por el término de seis [6] meses (79).

VII. Soluciones del Código Civil y Comercial que complican los negocios empresarios

VII.1. La responsabilidad precontractual

Una cuestión ya clásica en la doctrina es la de la responsabilidad precontractual, materia que el Código Civil y Comercial aborda a partir del art. 990, y lo hace de una manera que se convierte en un motivo de seria preocupación.

Por empezar, el Código Civil y Comercial contiene dos proposiciones que son definitivamente contradictorias.

En el art. 990 afirma sin condicionamientos que las partes *son libres* para emprender negociaciones y *para abandonarlas en cualquier momento*.

Y en el artículo siguiente dice que, durante las tratativas, aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben actuar de buena fe *para no frustrarlas injustificadamente*.

Entonces este segundo precepto que transcribimos exige que las partes tengan una causa que justifique el abandono de las tratativas, por lo que ellas no son libres para abandonarlas en cualquier momento, sino que deben tener una causa para ello.

Típica solución —esta última— de profesor o de juez que nunca intervino en una negociación para fusionar dos sociedades o para adquirir una empresa o para asociarse para

{ NOTAS }

(64) LORENZETTI, Ricardo L., “El derecho privado como protección del individuo particular”, RDPyC, nro. 7, a partir de p. 53; nro. V, p. 77.

(65) CIFUENTES, Santos - RIVERA, Julio César, “Anteproyecto de regulación integral de los derechos personalísimos”, ED 115-832; “Hacia una regulación integral y sistemática de los derechos personalísimos”, LA LEY, 1983-D, 846.

(66) CS, 26/10/1993, LA LEY, 1994-A, 237.

(67) CS, 26/10/1993, LA LEY, 1994-A, 246.

(68) CS, 27/10/1994, JA 1995-II, 196.

(69) CS, 10/12/1996, LA LEY, 1997-C, 897.

(70) CS, 27/12/1996, JA del 25/02/1998.

(71) Sintetizamos aquí algunas reflexiones que hicimos en RIVERA, Julio César, “Capacidad de las personas menores de edad en el Código Civil y Comercial de la República Argentina. Perplejidades e incongruencias”, en BASSET, Úrsula - FULCHIRON, Hugues - LAFFERRIÈRE, Jorge - BIDAUDGARON, Christine (dirs.), “Tratado de la vulnerabilidad”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, ps. 295 y ss.

(72) CCiv. y Com. Azul, sala I, 14/05/2019, “A. M. A. L. c. D. C. y otros s/ daños y perj. resp. profesional (excluido Esta-

do)”, RCyS 2019-IX, 195; AR/JUR/13375/2019.

(73) CCiv. y Com. Mar del Plata, sala II, 11/04/2019, LA LEY, 2019-C, 229; AR/JUR/653/2019.

(74) CNCiv., sala H, 04/05/2018, AR/JUR/55852/2018.

(75) BOMCHIL, Máximo, “Las normas sobre obligaciones en moneda extranjera en el Código Civil y Comercial son supletorias y no imperativas”, LA LEY, 2015-D, 1211; AR/DOC/2098/2015.

(76) CNCiv., sala F, 25/08/2015, comentado por LEPIANE, Pablo M. - SERRANO REDONNET, Diego M., “Las obligaciones en moneda extranjera ante el Código Civil y Co-

mercial”, RDCO 275-1736; AR/DOC/5557/2015. En el mismo sentido: CCiv. y Com. Junín, 14/02/2017, AR/JUR/166/2017; CNCiv., sala A, 26/08/2019, AR/JUR/27841/2019; *id.*, sala B, 28/12/2017, AR/JUR/95353/2017.

(77) GIANFELICI, Mario, su ponencia a las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015.

(78) CNCom, sala de feria, 16/06/2020, “América TV c. Practiplus SA”, AR/JUR/18799/2020.

(79) CCiv. y Com., sala I, Lomas de Zamora, junio de 2020, “C., C. O. c. F. S. A. s/incidente (exc. los tipificados expresamente)”.

encarar una gran obra, negociaciones que se extienden por meses y que pueden frustrarse por infinidad de razones, entre ellas, simplemente, que una de las partes no quiere hacer el negocio o tiene otro socio mejor, o decidió encarar otro negocio que estaba desarrollando paralelamente, o no le gustó una actitud de la otra parte de la negociación. Y entonces, según el derecho argentino vigente, deberá explicar a un juez por qué abandonó la negociación, y este juez que nunca negoció nada decidirá si frustró injustificadamente o no, si actuó de buena fe o no. Probablemente este es uno de los casos en que el uso de un estándar tan elástico como la buena fe implica un verdadero peligro, tantas veces denunciado por alguna parte de la doctrina (80).

Pero lo más grave no es esta imposición de explicar por qué se abandona una negociación que se tiene libertad de abandonar, sino la consecuencia de que el abandono sea considerado injustificado, pues debe repararse el daño que sufra la contraparte por haber confiado, sin culpa, en la celebración del contrato. Sobre el punto siempre se había entendido que la responsabilidad se extendía al daño al interés negativo, pero tal categoría ha desaparecido del Código de fondo, por lo que podría entenderse que no solo habría que reparar el daño emergente, sino también el lucro cesante y la chance, pues así resulta del principio de reparación integral que el Código Civil y Comercial consagra en el art. 1738.

Adviértase que el Código francés, reformado en esta parte en el 2016, dispone que la reparación que resulte de la culpa en que se haya incurrido en la negociación no puede tener por objeto compensar ni la pérdida de ventajas esperadas del contrato no concluido ni la pérdida de chance de obtener tales ventajas.

En fin, el régimen legal es extremadamente peligroso y exige de los abogados tomar precauciones, tales como destacar siempre que las negociaciones no importan un compromiso de cerrar un contrato, que los documentos que se intercambian son meros borradores, y no sería irrazonable convenir expresamente que las partes renuncian a cualquier reclamo en caso de no llegarse a un contrato.

VII.2. Los contratos preliminares

Una de las disposiciones absolutamente incomprensibles del Código Civil y Comercial —demostrativa de la escasa experiencia en el ejercicio profesional que tienen quienes hayan intervenido en esta parte— es la del segundo párrafo del art. 994, conforme al cual “El plazo de vigencia de las promesas previstas en esta sección es de un año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento”. Apunto que la sección se denomina “Contratos preliminares” y comprende los contratos de opción y las promesas de celebrar un contrato (arts. 996 y 995).

Este límite temporal no resiste el menor análisis (81), pues carece de toda justificación y causa enormes dificultades en la práctica (82), que algunos solucionan eligiendo un derecho extranjero si el contrato tiene algún componente internacional. Pero, como es obvio, ello

no funciona en los contratos puramente internos. En la doctrina también se intenta limitar su alcance (83).

VII.3. El régimen de los contratos por adhesión a condiciones generales predispuestas

Entre los arts. 984 y 989, el Código Civil y Comercial trata de esta categoría de los contratos por adhesión a condiciones generales predispuestas. Obviamente se trata de una subcategoría de los contratos paritarios, porque el mismo tema se trata en materia de contratos de consumo en los arts. 1117 a 1122.

Más allá de que la regulación que hace el Código Civil y Comercial prescinde de algunas distinciones más sofisticadas propuestas por la doctrina y que se reflejaron en el Proyecto de 1998, lo que queremos ahora destacar son dos temas que en definitiva vienen a estar relacionados.

Uno es que el régimen del Código Civil y Comercial se aplica al caso de que las condiciones generales predispuestas hayan sido redactadas por la otra parte o por un tercero, tercero que no es solo la autoridad como propone Aparicio (84), pues existen muchos *contratos tipo* que son provistos por instituciones privadas, como la Bolsa de Comercio de Rosario o la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales (85) para los contratos sobre cereales. Son estos *contratos tipo* los que los sujetos profesionales utilizan de manera constante en sus negocios. Dentro de esta categoría pueden incluirse también los contratos celebrados con base en modelos proporcionados por instituciones internacionales, como por ejemplo los que se usan en mercados de ciertos bienes como el maní; o los proporcionados por entes que agrupan a profesionales de determinada actividad, como los contratos de construcción FIDIC, que recogen las exigencias derivadas de la creciente internacionalización del sector de la ingeniería y la construcción. Hoy en día, FIDIC ofrece múltiples modelos que van desde los contratos de construcción tradicionales a contratos para trabajos *underground*, subcontratos, etc. (86). El Banco Mundial ha adaptado uno de estos contratos (la Edición Armonizada de FIDIC) como contrato modelo en los proyectos que financian, lo que contribuye a su difusión.

Ahora bien, estos contratos tipo pueden contener previsiones que importen renunciaciones a derechos conferidos por disposiciones supletorias de la voluntad de las partes. Por ejemplo, la mayoría de ellos prevé una cláusula arbitral.

Desde nuestro punto de vista sería totalmente irrazonable que pudiera tenerse por no escrita una cláusula de estos contratos tipo que son celebrados entre profesionales por el solo hecho de que pudiera importar una renunciación a un derecho concedido por una disposición supletoria. En los hechos así lo entiende la Cámara Arbitral de Cereales ya mencionada, que sigue funcionando como tribunal arbitral a pesar de que —como veremos más adelante— el Código Civil y Comercial también excluye la eficacia de las cláusulas arbitrales incluidas en contratos por adhesión.

En cambio, es adecuada la sanción contra las cláusulas sorpresivas, como lo prevé el art. 988,

inc. c), inspirado seguramente en los Principios Unidroit.

VII.4. Los contratos de larga duración

El art. 1011 trata de los contratos de larga duración. Sin duda es una norma quizás demasiado abierta porque se limita a señalar que las partes deben colaborar para la obtención de la finalidad teniendo en cuenta la duración total, y que antes de rescindir se debe dar la oportunidad de renegociar de buena fe sin incurrir en abuso del derecho. Hay quienes han cuestionado esta norma por cierta indefinición de las consecuencias de no renegociar o de las consecuencias del fracaso de la renegociación.

Pero lo que queremos señalar ahora es que la doctrina reciente ha encontrado en este art. 1011 un soporte normativo para fundar la existencia de un deber general de renegociar los contratos alterados por la pandemia o por las medidas gubernamentales causadas en ella (87).

VII.5. La frustración del fin

El art. 1090 del Cód. Civ. y Com. consagra la frustración del fin del contrato como un supuesto de rescisión de este. Esta causal de extinción de los contratos no está legislada en ningún Código vigente; solo ha sido objeto de reconocimiento en codificaciones doctrinarias y está presente en un Proyecto de Reformas al Código Civil español. Desde nuestro punto de vista, las condiciones de aplicación que establece el Código Civil y Comercial son difusas y confusas. Implica un debilitamiento serio en la eficacia obligatoria del contrato. Los casos en que podría avizorarse alguna utilidad son absolutamente marginales. Y donde efectivamente tiene posibilidades de aplicación práctica, como es el contrato de locación de cosas, existen normas particulares que tienen una larga prosapia (art. 1203, que en definitiva reproduce la solución del art. 1522 del Código de 1869).

VII.6. Contrato de agencia

Entre los múltiples contratos que tenían tipicidad social pero no legal y que ahora se regulan por el Código Civil y Comercial se hallan los contratos de agencia, concesión y distribución.

Una de las novedades que trajo el Código Civil y Comercial es que el preaviso para terminar el contrato de agencia, aplicable a los otros tipos, es de un mes por cada año que haya durado el contrato (art. 1492).

Se advierte inicialmente que la solución legal es distinta a la que provenía de la jurisprudencia, la que en muchos casos había decidido que el preaviso sería de un mes por cada año de duración de la relación, pero con un máximo de seis a doce meses.

Así lo señaló un ilustrado fallo del juez Pablo Heredia advirtiéndole que su aplicación maquina podría conducir a resultados no valiosos, especialmente en contratos que hubieran durado varias décadas, ya que la parte promotora de la rescisión podría verse obligada a mantener, luego del preaviso extintivo, por un eventual pro-

longadísimo lapso, la relación contractual que desea extinguir, quedando expuesta entretanto a los vaivenes de un cocontratante cuyo interés en el adecuado cumplimiento de la situación extintiva planteada. Si semejante posibilidad se validara jurisdiccionalmente, rápidamente se abriría la puerta para comportamientos contractuales abusivos, lo que debe evitarse. A todo evento, “el preaviso extintivo exigido por la indicada norma debe siempre ser ‘razonable’, ni exiguo ni exorbitado, pues de lo que se trata es solo de dar suficiente tiempo al otro contratante para que pueda tomar todas las medidas necesarias para evitar los perjuicios que le ocasiona la ruptura brusca, v.gr., búsqueda de un nuevo contratante o de una ocupación que sustituya la anterior; terminación de negocios pendientes; etc. Pero no más que ello (conf. Heredia, P., ‘El contrato de agencia en el Código Civil y Comercial de la Nación’, RCCyC, año 2, N° 7, febrero 2016, ps. 32/34, cap. XVI)” (88).

Por otro lado, es importante señalar que el Código Civil y Comercial contempla la indemnización por clientela (art. 1497); con ello se deja de lado una vieja jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que desestimaba este rubro cuando se producía la ruptura del vínculo del contrato de comercialización, sea de agencia, distribución o concesión. Aunque para que ella sea concedida es preciso probar que el agente o distribuidor sumó clientela y que ella permanecerá después de la extinción de su relación con el principal. De allí que haya sido negada su procedencia si el contrato de agencia lo era por plazo determinado, y en él se acordó que la actora recibía una comisión preestablecida por cada operación celebrada, pero no se pactó beneficio alguno por la permanencia de los clientes obtenidos durante la gestión una vez concluida la relación contractual (89).

VII.7. El contrato de arbitraje

VII.7.a. Casos excluidos del arbitraje

Con la inclusión del acuerdo de arbitraje como contrato típico, el Código Civil y Comercial asume una posición sobre la naturaleza de esta relación jurídica que gana consenso en la doctrina nacional e internacional (90), pero lamentablemente el Anteproyecto fue objeto de numerosos cambios por parte del Poder Ejecutivo Nacional y ello ha dado lugar a una legislación que en algunos aspectos implica un verdadero retroceso. Pero, como contrapartida, la jurisprudencia se ha encargado de minimizar las consecuencias.

Así, el Código Civil y Comercial fulmina con invalidez las cláusulas arbitrales insertas en contratos celebrados por adhesión. Pero, como adelantamos al tratar de esa categoría contractual, los tribunales han hecho inteligentes distinciones, admitiendo la eficacia de la cláusula de resolución de conflictos si se trata de un contrato celebrado entre empresarios, atinente a cuestiones patrimoniales disponibles, aun cuando se tratara de un contrato de adhesión, en tanto no se haya demostrado su abusividad (91) y no se hallaren en riesgo materias de orden público que justificaren el apartamiento de la prórroga acordada por las partes (92). Ello así pues no

{ NOTAS }

(80) En un muy interesante trabajo se provee consejos para eludir al “juez cadi”. Ver cita en pág. 4 de este artículo (MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, Roberto, “¿Contratos hechos por jueces?...”, op. cit., ref. nota 37).

(81) En el año 2002 una gran compañía argentina reestructuró su deuda y, en el marco de las complejísticas negociaciones mantenidas con sus acreedores, su controlante cedió parte del paquete accionario a un tercero que contribuyó aportando capital fresco a la compañía; y lo hizo con una opción de recompra que se ejercía a los... 9 años! Ello así porque se suponía que al término de ese plazo la compañía habría recobrado su normalidad financiera y la acción tendría un precio razonable acorde al valor de la compañía y de su

negocio.

(82) SERRANO REDONNET, Diego, “Imposición de plazos máximos para el contrato de opción y el pacto de preferencia en el nuevo Código”, AR/DOC/2228/2015.

(83) FERNÁNDEZ, Leonardo F., “El plazo máximo de un año aplicable a los contratos preliminares de opción”, LA LEY, 2015-E, 751; AR/DOC/2889/2015.

(84) APARICIO, Juan Manuel, “Contratos. Parte general”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, nro. 326, p. 246.

(85) En la página web de esta Cámara, cuando se trata de sus orígenes, se dice expresamente que “Se necesitaban contratos-tipo que agilizaran las transac-

ciones...”.

(86) Disponibles en <https://fidic.org/bookshop>.

(87) GALDÓS, Jorge M., “El deber legal de renegociar y la prevención del daño contractual”, AR/DOC/2567/2020; VERGARA, Leandro, “La readecuación contractual”, AR/DOC/2566/2020.

(88) CNCom., sala D, 01/03/2016, “Sola, Andrés Valentín c. Diageo Argentina SA s/ ordinario”, AR/JUR/12070/2016.

(89) CNCom., sala F, 03/05/2016, “Bianchini, Germán Reginato c. Telefónica de Argentina SA s/ ordinario”, ED 267-492; AR/JUR/32845/2016.

(90) RIVERA, Julio César, “Enfoque procesalista y contractualista del arbitraje comercial”, *Anales de la*

Academia Nacional de Derecho, 2019; a publicarse en la *Spain Arbitration Review*.

(91) Por lo que es eficaz la cláusula compromisoria aun cuando el contrato pudiera ser calificado como de adhesión si ha mediado reconocimiento de no existir abusividad ni desconocimiento: CNCom., sala F, 13/07/2017, “Pérez Mendoza, José Luis c. Hope Entertainment SA”.

(92) CNCom., sala C, 06/06/2019, “Vanger SRL c. Minería Don Nicolás SA s/ ordinario”, LA LEY, 2019-D, 539, con nota de Mónica ROTHENBERG; AR/JUR/25548/2019.

todo acuerdo de este tipo implica la ausencia de un contrato paritario, máxime cuando las normas deben interpretarse de acuerdo con su finalidad y cuando otra solución permitiría que los tribunales terminen validando conductas lindantes con la mala fe (93).

Y aunque la misma definición de contrato de arbitraje excluye las cuestiones en que esté comprometido el orden público (art. 1649, *in fine*), se ha resuelto que el solo hecho de que la materia sometida a arbitraje esté regulada por una normativa de orden público no excluye de por sí la arbitrabilidad, en la medida en que los derechos involucrados sean disponibles para las partes (94).

VII.7.b. Los recursos: jurisprudencia

Constituye un lugar común en el arbitraje la afirmación de que los laudos solo son susceptibles de recursos con un alcance muy limitado. El Anteproyecto no contenía ninguna disposición relativa a los recursos, por considerar que ello es materia de los Códigos Procesales. Pero he aquí que el Poder Ejecutivo Nacional incluyó una norma muy poco feliz; se trata del tercer párrafo del art. 1656, conforme al cual “Los laudos arbitrales que se dicten en el marco de las disposiciones de este capítulo pueden ser revisados ante la justicia competente por la materia y el territorio cuando se invoquen causales de nulidad, total o parcial, conforme con las disposiciones del presente Código. En el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico”.

Lo cierto es que el artículo en cuestión es un verdadero dislate, pues en este Código Civil y Comercial no hay causales de nulidad de los laudos ni de las sentencias, sino de los actos jurídicos. Y todos los ordenamientos jurídicos autorizan la renuncia de los laudos, con excepción del de nulidad, el cual, por lo demás, se concede en circunstancias francamente excepcionales.

El precepto causó gran desconcierto, pero lo curioso es que los tribunales lo han interpretado de manera absolutamente restrictiva. Así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha resuelto que el recurso de nulidad deducido contra el laudo definitivo fue bien denegado aun bajo la órbita del art. 1656 del Cód. Civ. y Com., ya que no se configuró ninguna de las causales de nulidad previstas en el Código de rito, ni tampoco se encuadró el planteo en el marco de lo establecido en el cap. 9 del tit. IV del Libro Primero del cuerpo normativo citado, pues no se advierte la configuración de ninguno de los supuestos que taxativamente establecen los arts. 760 y 761 del Código Procesal para la procedencia del planteo (95).

El art. 1656 del Cód. Civ. y Com., al disponer que no puede renunciarse a la impugnación judicial del laudo definitivo que sea contrario al ordenamiento jurídico, se refiere únicamente al recurso de nulidad y no al de apelación, siendo esta conclusión la que mejor se ajusta a una interpretación finalista de la norma (art. 2º, Cód. Civ. y Com.), sumado a que esta fija como regla general la obligatoriedad del convenio arbitral, excluyendo, en principio, la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje (96).

Y hasta la misma Corte Suprema ha decidido que el recurso de nulidad contra el laudo arbitral debe fundarse en alguna de las causales previstas por el art. 760 del Cód. Proc. Civ. y Com. (97).

VII.7.c. Interpretación

Donde la Cámara de Apelaciones en Comercial lisa y llanamente omitió al Código Civil y Comercial es en materia de interpretación de la cláusula arbitral, pues el texto legal dice: “En caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje”, pero el tribunal judicial resolvió que la cláusula arbitral

“implica una renuncia al principio general de sometimiento de los conflictos a los jueces estatales, y, por lo tanto, debe interpretarse su alcance con carácter restrictivo” (98).

VIII. Otras cuestiones

Existen otras múltiples cuestiones que merecen un análisis después de cinco años de vigencia del Código Civil y Comercial, pero que por ahora nos limitamos a enumerar.

Uno de los sectores de mayor importancia del derecho privado es el de la responsabilidad civil. En esa área el Código Civil y Comercial ha partido de algunos presupuestos básicos: el reconocimiento de la función preventiva (art. 1708) y la unificación de los regímenes contractual y extracontractual, y ha recogido los avances de la doctrina y la jurisprudencia que se produjeron fundamentalmente a partir de 1968. Más allá de algún posible cuestionamiento a algunos preceptos puntuales, no cabe sino reconocer que el régimen se destaca por su coherencia y claridad en la exposición.

De todos modos, es preciso señalar que existe una discordancia en materia de prescripción que está ligada a la responsabilidad contractual. Al haberse unificado los regímenes, la prescripción de la acción de daños causados por el incumplimiento de un contrato opera a los tres años; mientras que la acción de cumplimiento prescribiría en el plazo de cinco años.

También pueden señalarse algunas omisiones, como las nulidades virtuales que el Código de 1869 contemplaba en el art. 18; la acción *quanti minoris* y la desheredación.

IX. Conclusiones

Los defectos que podemos haber señalado o las desviaciones de algunos fallos que pretendidamente lo aplican no impiden concluir que

la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial ha significado un importante avance para la legislación de derecho privado argentino. Algunos de esos defectos se han debido a las modificaciones hechas al Proyecto original tanto por el Poder Ejecutivo Nacional como por el Senado; y probablemente un mayor tiempo de reflexión entre su conocimiento y la sanción por el Congreso hubieran permitido advertir y corregir fácilmente los pocos aspectos cuestionables que hemos puntualizado. Y los desbordes de los jueces se deben no solo a las facultades tan amplias que el Código Civil y Comercial les confiere, convirtiéndolos —como hemos dicho— en el principal operador jurídico, sino también a la constante judicialización de los más variados conflictos, como si el ámbito apropiado para la resolución de los problemas económicos, políticos o culturales fueran los tribunales (99).

Cita on line: AR/DOC/3681/2020

MÁS INFORMACIÓN

- Méndez, Héctor O.**, “Aplicación del nuevo Código Civil y Comercial a los juicios en trámite”, JA 2019-I; SJA del 06/02/2019, 143; AP AR/DOC/3757/2018
- Sosa, Toribio E.**, “Procesos con dos años junto al Código Civil y Comercial”, ADLA 2017-10, 68; AR/DOC/2598/2017
- Rivera, Julio César**, “Política legislativa y judicial en materia de derecho transitorio”, RCCyC 2017 (febrero), 149; LA LEY, Supl. Academia Nacional de Derecho 2016 (diciembre), 5; AR/DOC/4009/2016

LIBRO RECOMENDADO

Instituciones de derecho civil. Parte general

Autor: Rivera, Julio César
Edición: 2020
Editorial: La Ley, Buenos Aires

{ NOTAS }

(93) CNCom., sala C, 24/05/2018, “Servicios Santa María SA c. Energía de Argentina SA s/ ordinario”, AR/JUR/25889/2018.

(94) CNCom., sala D, 20/12/2016, “Francisco Ctibor SACI-yF c. Wall-Mart Argentina SRL s/ ordinario”, RCCyC 2017

(mayo), 182; AR/JUR/94825/2016.

(95) CNCom., sala D, 12/04/2016, “Amarilla Automotores SA c. BMW Argentina”, AR/JUR/24826/2016.

(96) CNCom., sala E, 22/12/2015, “Olam Argentina SA c. Cubero, Alberto Martín y otro s/ recurso de queja”, LA LEY,

2016-C, 207, con nota de Verónica SANDLER OBREGÓN; AR/JUR/79122/2015.

(97) CS, 06/11/2018, “Estado Nacional - Procuración del Tesoro Nacional c. (nulidad del laudo del 20/III/2009) s/ recurso directo”, AR/JUR/56325/2018.

(98) CNCom., sala E, 30/06/2017, “Alberti, Sebastián c. Hope Entertainment SA”, AR/JUR/47954/2017.

(99) VIGO, Rodolfo, “Problemas y teorías actuales de la interpretación jurídica”, ob. cit., nro. 11, p. 42.

NOTA A FALLO

Protección contra el despido por causa de matrimonio

Protección de la familia. Normas que protegen a los trabajadores sin distinción de género. Interpretación teleológica y dinámica. Preceptos internacionales aplicables.

Véase en página 9, Notas a Fallo

- 1.- La única inteligencia posible que cabe asignar al art. 181 de la LCT es la que equipara a varones y mujeres para acceder a la protección especial en caso de despido por matrimonio; ello frente a la necesidad de contar con criterios interpretativos homogéneos que aseguren la coexistencia armónica de las disposiciones existentes en las distintas ramas del ordenamiento nacional.
- 2.- Las previsiones vigentes de nuestro derecho interno en materia civil vedan el otorgamiento de un trato diferencial al varón que contrae matrimonio respecto del que se da a la mujer; ello en virtud de

lo dispuesto en el art. 402 del Cód. Civ. y Com.

- 3.- La afirmación de los jueces de la causa, sobre la base de la doctrina plenaria del fuero, relativa a que tanto los empleados varones como las empleadas mujeres tienen derecho a la indemnización del art. 182 de la LCT en caso de despido por causa de matrimonio, pero que la presunción contenida en el art. 181 solo se aplica a los supuestos de trabajadoras mujeres de manera que, para obtener el resarcimiento agravado, los varones deben probar que la desvinculación obedeció al hecho de haber contraído enlace, es arbitraria. La ley no restringe su protección a la hipótesis de despido de trabajadoras mujeres. No hay en la literalidad de los arts. 180, 181 y 182 de la LCT elemento alguno que autorice a excluir de sus disposiciones al trabajador varón.
- 4.- La Ley de Contrato de Trabajo prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores, entre otros, por motivo de sexo (art. 17) y considera trato desigual al dispensado a los trabajadores por esa misma razón, entre otras (art. 81). Frente a tan claras directivas, la única interpretación que cabe efectuar de los arts. 180 a 182 de la LCT es que sus disposiciones son aplicables

indistintamente a hombres y mujeres; sin que obste a tal conclusión la circunstancia de que el capítulo en el que se ubican estas normas de modo inadecuado integre el título VII de la ley referente al *Trabajo de Mujeres*.

- 5.- Si bien la Cámara, en el caso, puso de relieve la existencia de poderosas razones que justifican el otorgamiento de una especial protección legal a la mujer frente a la discriminación en el terreno laboral, haciéndose así eco de las motivaciones que condujeron al legislador de 1974 a incorporar el sistema protector particularmente dirigido a ella; al centrarse solo en esa circunstancia, ha omitido examinar la significación de las normas en juego en el actual contexto en el cual el modelo sociocultural que asignaba únicamente a la mujer la responsabilidad de la crianza de los hijos y de las tareas domésticas se encuentra en pleno proceso de cambio. El paradigma familiar ha experimentado profundas modificaciones hacia un nuevo modelo en el cual ambos cónyuges —entre los cuales, incluso, puede no haber diferencia de sexo— se hacen cargo indistintamente de las tareas y obligaciones domésticas y familiares.
- 6.- Los arts. 180 a 182 de la LCT conforman un sistema de protección mediante el cual el le-

gislador ha procurado desalentar ese tipo de medidas extintivas claramente discriminatorias que afectan a quienes deciden unirse en matrimonio y conformar una familia. En tal contexto, la presunción del art. 181 es una pieza fundamental de ese sistema de garantías, pues permite superar las dificultades que normalmente se presentan a la hora de probar la real motivación discriminatoria de un despido.

- 7.- El régimen normativo protector contra el despido motivado por el matrimonio reconoce su génesis en el hecho de que, ante la asunción de responsabilidades familiares —derivada de la unión conyugal— por parte de los trabajadores, los empleadores temen que el cumplimiento de las obligaciones laborales y la capacidad productiva de aquellos se vean afectados, lo que los induce a desvincularlos.
- 8.- Las directivas internacionales consagran innegablemente la igualdad de derechos de hombres y mujeres frente al matrimonio y las responsabilidades familiares. Más aún, imponen a los Estados nacionales la obligación de adoptar medidas adecuadas que permitan erradicar el patrón sociocultural que pone exclusivamente a cargo de las mujeres las tareas domésticas y la crianza

de los hijos. Una imprescindible medida de facilitación y apoyo al efecto es la de proteger a los varones de la discriminación laboral de la que puedan ser objeto a la hora de contraer enlace y asumir, en pie de igualdad con las mujeres, los compromisos propios del ámbito doméstico.

9.- El régimen protectorio contra el despido por causa de matrimonio, incluyendo la presunción consagrada en el art. 181 de la LCT, abarca tanto a mujeres como a varones. El capítulo prohíbe el despido por causa de matrimonio, lo que supone que la finalidad perseguida consiste en proteger precisamente la institución del matrimonio y, por consiguiente, que la garantía abarca a ambos cónyuges independientemente de su sexo. (Del voto del Dr. Rosenkrantz).

10.- La presunción estatuida por el art. 181 de la LCT debe ser aplicada sin distinciones en razón de género. El diseño normativo actual no contiene norma alguna que restrinja la aplicación del régimen protectorio del despido por causa de matrimonio, incluyendo la presunción, a los trabajadores en función de su sexo. (Del voto del Dr. Rosatti).

11.- La decisión de considerar que no rige a favor del trabajador varón la presunción del despido por causa de matrimonio importa recurrir a consideraciones que no encuentran acogida en una sociedad global en la que imperan criterios que se alejan de los estereotipos vigentes en otro tiempo, enmarcados en un contexto sociocultural en el que la igualdad de género no alcanzaba el grado de desarrollo y reconocimiento que hoy ha logra-

do tanto a nivel nacional como internacional. (Del voto del Dr. Rosatti).

12.- De la cláusula constitucional relativa a la protección integral de la familia se desprende el principio de trato igualitario de los integrantes primarios de ese núcleo social (del voto del Dr. Rosatti).

13.- Una visión actual conlleva afirmar que las premisas o presunciones sobre los atributos, capacidades o características personales de los componentes de la familia, que expresan una preferencia cultural sobre un determinado tipo de vínculo y sobre el rol de sus integrantes, no pueden ser admisibles como factores determinantes para la restricción de derechos. (Del voto del Dr. Rosatti).

14.- Restringir la exégesis de los arts. 180 a 182 de la LCT al supuesto exclusivo del matrimonio de la trabajadora mujer implicaría privar de tutela al trabajador varón, a quien también corresponde atribuir el ejercicio de tareas de cuidado, conforme al mandato del bloque de constitucionalidad. (Del voto del Dr. Rosatti).

CS, 24/09/2020. - Puig, Fernando Rodolfo c. Minera Santa Cruz S.A. s/ Despido.

[Cita on line: AR/JUR/40617/2020]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informaciónlegal.com.ar> o en Preview]

Para la Corte las normas sobre despido por causa de matrimonio rigen por igual para trabajadoras y trabajadores

Carlos Alberto Livellara (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. El fallo de la Corte.

I. Introducción

El principio de igualdad y su axioma derivado de no discriminación tienen como fundamento la dignidad de la persona humana y ha sido particularmente recogida y profundizada por el Derecho internacional de los derechos humanos (1).

La reforma constitucional argentina de 1994 incorporó al texto constitucional diversos tratados internacionales de derechos humanos que priorizan la lucha contra todo tipo de discriminación, en los diversos ámbitos de la vida humana (art. 75, inc. 22, CN).

El reciente fallo de la Corte Suprema, en la causa “Puig, Fernando Rodolfo c Minera Santa Cruz s/ despido” (24/9/2020), al establecer que las normas protectorias contra el despido por causa de matrimonio se aplican por igual a las trabajadoras como a los trabajadores, ha reafirmado la plena vigencia del principio de igualdad en las relaciones laborales.

En nuestro país la protección contra el despido por causa de matrimonio nació y se desarrolló en defensa de la institución familiar y para evitar la discriminación de que eran víctimas fundamentalmente las trabajadoras, quienes resultaban despedidas por la sola circunstancia de contraer

matrimonio, por empresarios que de ese modo pretendían evitarse repercusiones negativas que el nuevo estado civil de su dependiente le depararía a su empresa (principalmente por tener que otorgarle diversas licencias) (2).

Dentro del Título referido al trabajo de mujeres la Ley de Contrato de Trabajo prohíbe el despido por matrimonio y considera nulos los actos o contratos que celebren las partes entre sí, así como los reglamentos internos o de empresa que establezcan el despido por tal causa (art.180). Luego el artículo 181 presume “*iuris tantum*” que el despido obedece al matrimonio, si se dispone sin invocación de causa o sin probar la que se invocara y se produce dentro de los tres meses anteriores o seis posteriores al matrimonio, mediando su notificación fehaciente al empleador (art. 181), y en estos casos procede la misma indemnización especial que se aplica en el supuesto de despido por maternidad (equivalente a un [1] año de remuneraciones) (art. 182).

En orden a la aplicabilidad de la presunción y de la indemnización especial al trabajador varón se han desarrollado dos posturas (3):

CONTINÚA EN PÁGINA 10

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Cuyo. Director de la Maestría en Derecho del Trabajo (UNCuyo) y Director del Doctorado en Derecho del Trabajo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza.

(1) Conforme lo señala el voto de la mayoría de la SC en el recurso de hecho “Alvarez, Maximiliano y otros c./ Cencosud SA p. Acción de amparo (Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni) 07/12/2010, RDLSS 2011-2, el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al *ius cogens*, “puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fun-

damental que permea todo ordenamiento jurídico”. Así, por su carácter “imperativo”, rige en el “derecho internacional general”, en cuanto es aplicable a todo Estado, ya sea a “nivel internacional o en su ordenamiento interno”, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, por todos los actos jurídicos de cualesquiera de sus poderes, e incluso de los particulares que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia.

(2) Conf. LIVELLARA, Carlos A. “El despido por causa de matrimonio notificado no celebrado”, en DT 1991 B-2229, nota a fallo de la SC Mendoza, sala II, 25-9-91, “Gallardo, Beatriz c Productos Polyguard SA”.

(3) LITTEIRO, Liliana Hebe, “comentario al art. 181, LCT” en ACKERMAN, Mario E. (dir.) - SFORSINI, María Isabel

El caso “Puig” o la interpretación dinámica de las leyes laborales

Carlos Pose (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. El esquema ideológico de las leyes.— III. Finalidad de las leyes laborales.— IV. El caso “Puig” o la tutela del trabajador varón frente al matrimonio.— V. La argumentación pretoriana.— VI. Corolario.

I. Introducción

En el mundo occidental, la ley constituye la principal fuente de derecho por ser fruto de la actividad legislativa a la que, en la práctica y en los tiempos actuales, se ha delegado la posibilidad de emitir mandatos imperativos de naturaleza coercitiva para todos los habitantes de la Nación.

En efecto, con el nacimiento del Estado moderno la ley conquista una preeminencia que le había sido negada en tiempos previos, sea en el mundo greco-romano o en el medioevo: el sistema jurídico se ofrece como un ordenamiento cerrado creado por un poder específico del Estado —el Poder Legislativo— y la figura del juez desciende a la simple condición de auxiliar de justicia destinado a ser la voz del legislador (1): las leyes se consideran fruto racional de la actividad humana capaz de crear un orden perfecto (2).

En una definición clásica, que ha perdurado (3), se afirma que la ley es el precepto común, justo, estable y suficientemente promulgado. La conceptualización transcrita busca destacar caracteres específicos de las normas legales: su obligatoriedad, su generalidad, su vocación para encontrar soluciones justas y su autenticidad; y refleja una cierta compulsión ideológica por crear un orden perfecto que sea fruto de la razón humana descreyendo de la existencia de un orden natural.

II. El esquema ideológico de las leyes

Dentro de este esquema cultural, en el que la figura del monarca es reemplazada o sustituida

por un poder parlamentario que representa a la comunidad y que impone mandatos normativos, las leyes tienen por objetivo esencial asegurar el bienestar general y preservar el orden social, funcionando como un instrumento de cohesión comunitaria.

Se mencionan, reiteramos, como sus caracteres sustanciales los siguientes: a) su *sociabilidad*: la ley se dicta en beneficio de los hombres en cuanto integran una comunidad y tiene por objeto dirigir las relaciones interindividuales: donde hay una comunidad hay derecho, según un antiguo brocardio romano; b) su *obligatoriedad*: por regla las personas no puede escapar al mandato de las normas jurídicas sin sufrir consecuencias negativas; c) su *coactividad*, es decir son aplicables por el poder de policía del Estado que tiene el monopolio y dominio de la fuerza pública; y d) su *normatividad*, ya que la legislación abarca un número indeterminado de hechos y se proyecta sobre toda la sociedad.

Se entiende, al menos desde el punto de vista axiológico, que la finalidad de las leyes es lograr el bien común de los ciudadanos, por lo que su contenido debe ser racional, justo, fácil de ejecutar, particularmente adecuado al gobierno y al pueblo que la recibe, y respetar los lineamientos de la Ley Fundamental, que sirve como pivote institucional del sistema según lo establece el art. 31 de nuestra Carta Magna (4).

Desde el punto de vista práctico, las leyes deben ser interpretadas teniendo en cuenta sus

CONTINÚA EN PÁGINA 11

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado. Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI. Integrante de la Academia Nacional de Derecho UBA.

(1) La Constitución francesa de 1791 prohibió expresamente a los tribunales inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo y suspender la ejecución de leyes, creando un tribunal de casación junto a los cuerpos legislativos, es decir, un tribunal legislativo para quebrar las sentencias que

se apartaban de la voluntad del legislador (ZAFFARONI, Eugenio R., “Estructuras judiciales”, Ediar, 1994, p. 4).

(2) LACLAU, Martín, “Soberanía y Estado de Derecho”, Ed. Astrea, 2014, ps. 165/6.

(3) RIVERA, Julio César, “Instituciones de Derecho Civil. Parte General”, Ed. Abeledo Perrot, 2007, t. I, p. 135.

(4) El control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho; la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erró-

Carlos Alberto Livellara

● VIENE DE PÁGINA 9

a) La *postura restrictiva* seguida por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, mediante Acuerdo Plenario 272, “Drewes, Luis Alberto c/ Coselec SSCS s/cobro de pesos”, del 23/3/1990 (4), que estableció como doctrina plenaria: “En caso de acreditarse que el despido del trabajador varón obedece a causas de matrimonio, es procedente la indemnización prevista en el artículo 182, LCT”. A partir de la doctrina fijada por este plenario, se ha sostenido que la presunción prevista por el artículo 181 de la LCT no es aplicable al trabajador varón, pues se concluyó que, aun cuando el despido de este hubiera sido dispuesto sin invocación de causa, correspondía a dicho trabajador invocar y acreditar que se debía a su matrimonio para resultar acreedor de la indemnización prevista por el art. 182 de la LCT.

b) En cambio, por la *postura amplia* se han pronunciado diversos tribunales provinciales que sostienen que la presunción prevista para las trabajadoras mujeres también debe aplicarse cuando se trata de un varón, sin que exista la posibilidad de efectuar una discriminación sobre la base del sexo que limite su aplicación en toda su amplitud, reconociendo que también en este caso corresponde el pago de la indemnización especial del art. 182, LCT, y colocando en cabeza del empleador la prueba de la justificación del despido para poder liberarse de su pago (5).

En consecuencia, la jurisprudencia anterior al fallo de la Corte Suprema se inclinaba por considerar que la indemnización especial del artículo 182 de la LCT es extensiva al trabajador varón, pero no había coincidencia con relación a si se aplicaba la presunción de que obedece a causa de matrimonio el despido producido dentro de los términos legales o si, por el contrario, es el trabajador varón despedido el que debía probar que su despido obedeció a su matrimonio.

II. El fallo de la Corte

La Corte Suprema, en el caso comentado, con la firma de jueces Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y Ricardo Lorenzetti y los votos concurrentes de Carlos Rosenkrantz y Horacio Rosatti, resolvió que los trabajadores varones también están amparados por la disposición de la Ley de Contrato de Trabajo que presume que el despido obedeció al matrimonio, a los efectos de otorgar una indemnización agravada.

En primer lugar, a partir del *análisis de las normas que tratan el tema*, el tribunal llega a la conclusión de que *no existe ninguna directiva legal que limite la protección legal del despido por causa de matrimonio a la trabajadora mujer, mientras el propio ordenamiento legal prohíbe todo tipo de discriminación por motivo de sexo*. Se puntualiza que la Ley de Contrato de Trabajo protege contra el despido a causa de matrimonio a través de tres disposiciones. La primera dice que son nulos y no tienen ningún valor los contratos o las reglamentaciones patronales que permitan el despido por causa de matrimonio (art. 180). La segunda determina que “Se considera que el despido responde a la causa mencionada, cuando el mismo fuese dispuesto sin invocación de causa por el empleador, o no fuese probada la que se invocare, y el despido se produjere dentro de los tres [3] meses anteriores o seis [6] meses posteriores al matrimonio y siempre que haya mediado notificación fehaciente del mismo a su empleador” (art. 181). Es decir, la ley presume

que si el despido se produce en ese período y el empleador no invoca una causa diferente, o la invoca pero no la demuestra, debe entenderse que el motivo de la cesantía fue el matrimonio. La tercera directiva es la que fija una indemnización agravada para el caso de incumplimiento de la prohibición de despedir, consistente en un año de remuneraciones que se acumula a la indemnización legal por antigüedad (art. 182). La Corte destaca que ninguna de esas disposiciones “se refiere expresamente a la mujer trabajadora como exclusiva destinataria de la protección especial que consagran”, debiéndose tener en cuenta, también, que la propia ley “prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores... por motivo de sexo” (art. 17) y establece que si eso ocurre, se genera una situación de “trato desigual” (art. 81). Por lo tanto, sostener, como lo había hecho la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que la presunción del artículo 181 solo rige para las trabajadoras, es apartarse de lo dispuesto en las normas aplicables.

En segundo lugar, la argumentación del alto tribunal se orienta a *la necesidad de adecuar la interpretación de las normas a las nuevas circunstancias que la actualidad plantea, respecto a las responsabilidades familiares*, a partir de la propia jurisprudencia que señala que “las leyes no pueden ser interpretadas solo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad. Existen “poderosas razones que justifican el otorgamiento de una especial protección legal a la mujer frente a la discriminación de la que comúnmente es objeto, especialmente en el terreno laboral”, pero no corresponde centrarse solo en esa circunstancia omitiendo indagar cómo juegan las normas “en el actual contexto en el cual el modelo sociocultural que asignaba únicamente a la mujer la responsabilidad de la crianza de los hijos y de las tareas domésticas se encuentra en pleno proceso de cambio”. “El paradigma familiar ha experimentado profundas modificaciones en los últimos años orientándose hacia un nuevo modelo en el cual ambos cónyuges —entre los cuales, incluso, puede no haber diferencia de sexo— se hacen cargo indistintamente de las tareas y obligaciones domésticas y familiares”. También se puntualiza que la protección especial que establece la ley tiene por finalidad evitar que aquellos trabajadores que asumen responsabilidades familiares sean despedidos por los empleadores ante el temor de que se vea afectada su capacidad productiva. Y que la presunción establecida en el artículo 181 “es una pieza fundamental de ese sistema de garantías, pues permite superar las dificultades que normalmente se presentan a la hora de probar la real motivación discriminatoria de un despido”. De modo que, “si en el nuevo paradigma sociocultural los cónyuges ya asumen o tienden a asumir por igual las responsabilidades familiares, no puede interpretarse que los estímulos del empleador para despedir a quienes contraen matrimonio se suscitan solamente en el caso de las mujeres trabajadoras, y que solamente ellas deben estar íntegramente abarcadas por el sistema protector”.

En tercer lugar, se pondera que *la interpretación restrictiva es contraria a la Constitución Nacional, a los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos y derechos laborales*. Todas esas normas no solo brindan especial protección a la mujer, sino que también resguardan

el matrimonio y la vida familiar consagrando iguales derechos a hombres y mujeres. Restringir la mayor protección legal “al supuesto exclusivo del matrimonio de la trabajadora mujer implicaría privar de tutela al trabajador varón, a quien también corresponde atribuir el ejercicio de tareas de cuidado, conforme al mandato de...” las normas constitucionales e internacionales.

En cuarto lugar, en concordancia con estos principios que emergen del ordenamiento internacional, el tribunal toma en consideración *las previsiones vigentes del derecho interno en materia de derecho civil que vedan el otorgamiento de trato diferencial al varón que contrae matrimonio respecto del que se da a la mujer*. Al respecto en el art. 402, del Código Civil y Comercial, se dispone que: “Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que este produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.”

A ello debemos agregar que en el voto concurrente del juez Rosenkrantz se reafirman, principalmente, los siguientes aspectos: 1) *si se atiende a la literalidad de los artículos 180, 181 y 182, se advierte que ninguna de las tres normas se refiere expresamente a la mujer trabajadora como exclusiva destinataria de la protección especial*. Más aún, el artículo 180, que inicia el capítulo en la Ley de Contrato de Trabajo titulado “De la prohibición del despido por causa de matrimonio”, determina la nulidad de los negocios jurídicos y de las reglamentaciones internas de una empresa que “establezcan para su personal el despido por causa de matrimonio”. Dicha expresión es comprensiva tanto de los trabajadores varones como de las mujeres. Agregó que el título del capítulo supone que la finalidad perseguida consiste en proteger precisamente la institución del matrimonio y, por consiguiente, que la garantía abarca a ambos cónyuges independientemente de su sexo; 2) *que los antecedentes de la sanción de las normas examinadas confirman que la protección incluye al trabajador varón*. La ley 20.774, publicada en 1974, surgió de un proyecto presentado por el Poder Ejecutivo en cuyo mensaje de elevación se afirmaba que la protección se aplicaba únicamente a mujeres. Más aun, el proyecto de ley contenía otra norma (el artículo 299) según la cual las disposiciones sobre indemnización agravada en el caso de despido por causa de matrimonio podían “extenderse excepcionalmente al caso del trabajador despedido, de acuerdo a las circunstancias de cada caso, apreciado con criterio restrictivo”. Al discutirse el proyecto en la Cámara de Senadores, sin embargo, este aspecto del proyecto de ley fue expresamente modificado. Tal como surge del dictamen de las Comisiones de Trabajo y Previsión Social y de Legislación General, se suprimió la locución “de mujeres” del artículo 196. Y el miembro informante de la Comisión de Trabajo y Previsión Social, Senador Pennisi, sostuvo: “La comisión ha suprimido la expresión ‘de mujeres’ por entender que *esta causal puede comprender tanto a mujeres como a varones*. Por otra parte, con la modificación aprobada no hacemos otra cosa que ajustarnos al texto original de la ley 12.383, sancionada en el año 1938, y donde no se hace la distinción del sexo contenida en el proyecto remitido por el Poder Ejecutivo” (ob. cit., p. 949, énfasis agregados). El juez destacó que si bien es verdad que el artículo 299 permaneció en el articulado de la ley, lo cierto es que solo sobrevivió dos años, porque fue derogado, y 3) *que la propia LCT “prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores”, entre otros, “por motivo de sexo” (artículo 17) y considera “trato desigual” al dispensado a los trabajadores por esa misma razón, entre otras (artículo 81)*. Frente a tan claras directivas —señala— la única interpretación que cabe efectuar de los artículos en cuestión es que sus disposiciones son aplicables indistintamente a hombres y mujeres. Por lo demás, la postura contraria resulta irrazonable porque la dificultad de acreditar que el despido obedece al matrimonio es tan significativa en el caso de la mujer como en el caso del cónyuge varón, con lo que la distinción es irrazonable y, a la postre, discriminatoria (art. 16 de la Constitución Nacional).

A su vez, el voto concurrente del doctor Rosatti consideró que *la disposición legal cuya interpretación fue cuestionada reglamentaba de manera directa el art. 14 bis de la Constitución Nacional, en cuanto estipula la “protección integral de la familia”*. A diferencia del voto de la mayoría, juzgó que la presunción del art. 181 inserta bajo el título “Del trabajo de las mujeres” protegía a un colectivo vulnerable como lo era el de las trabajadoras, tal como lo afirmó la Cámara laboral. Advirtió, asimismo, que la cláusula fue una precursora y temprana “medida de acción positiva”. Sin embargo, sostuvo que en la actualidad resultaba imperativa una *lectura dinámica y progresiva de la norma* que, superando los estereotipos culturales con tintes discriminatorios, *procure su extensión a todos los trabajadores, con una hermenéutica de equidad de género*. También señaló que la familia constitucionalmente aludida no era solo la llamada “familia tradicional”, sino que abarcaba a otro tipo de relaciones basadas en el afecto, y que de la manda constitucional se deriva el principio de trato igualitario de los integrantes primarios de dicho núcleo social, también reconocido en un conjunto de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, conforme lo dispuesto por el art. 75, inciso 22, de la Norma Fundamental nacional.

Seguidamente puntualizó que limitar a la trabajadora mujer la presunción de despido por causa de matrimonio suponía desconocer la igualdad de condiciones de los integrantes del núcleo familiar en el ejercicio de las responsabilidades y deberes que se derivan de ese especial vínculo social en sus aspectos filiales, domésticos, económicos e interfamiliares, recurriendo a consideraciones que no encuentran acogida en una sociedad global en la que imperan criterios que se alejan de los estereotipos vigentes en otro tiempo, enmarcados en un contexto socio-cultural en el que la igualdad de género no alcanzaba el grado de desarrollo y reconocimiento que hoy ha logrado tanto a nivel nacional como internacional. A su juicio una visión actual conduce a afirmar que las premisas o presunciones sobre los atributos, capacidades o características personales de los componentes de la familia, que expresan una preferencia cultural sobre un determinado tipo de vínculo y sobre el rol de sus integrantes, no pueden ser admisibles como factores determinantes para la restricción de derechos.

También el doctor Rosatti señala que la interpretación de la Cámara cuestionada, desfavorable a los varones, implicaría asimismo afectar la igualdad de oportunidades de las mujeres en el acceso a los puestos de trabajo, restringiendo la contratación del género femenino. Ello, pues, al tener estas y no aquellos la presunción de despido por matrimonio, el empleador podría inclinarse por seleccionar varones a fin de evitar la futura aplicación de la figura. Concluyó entonces que, en el marco de las pautas constitucionales e internacionales con jerarquía constitucional aplicables al caso, la presunción estatuida por el art. 181 de la LCT debía ser aplicada sin distinciones en razón de género.

En definitiva, la sentencia de la Corte dejó sin efecto el fallo de Cámara y ordenó que se dicte uno nuevo según la interpretación de la ley dada en este pronunciamiento. De tal modo, el Máximo Tribunal del país, en el caso “Puig” *se inclina por la postura amplia* al admitir que la presunción prevista para las trabajadoras mujeres, con relación al despido por causa de matrimonio, también debe aplicarse cuando se trata de un varón, lo que implica reconocer que también en este caso corresponde el pago de la indemnización especial del art. 182, LCT. Por último, este fallo adquiere especial relevancia con la vigencia de la ley 26.618 de matrimonio civil entre personas del mismo sexo, matrimonio que mantiene el Código Civil y Comercial. En tal caso, la igualdad de tratamiento declarada por la Corte se aplicará por igual, se trate de matrimonio con personas de distinto o mismo sexo.

Cita on line: AR/DOC/3364/2020

{ NOTAS }

(coord.), “Ley de contrato de Trabajo comentada”, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2016, t. II-386.

(4) Acuerdo Plenario n° 272, CNT, 23/3/90, “Drewes c/ Conselec SA”, DT 1990-A-893., pág. 57.

(5) SC Buenos Aires, “Molina Gustavo E. c Algodonera

Llavallol SA”, 12/5/87, T.yS.S.1987-598; CS Tucumán, sala laboral, “Santillán, José c /Ortega y Cía.”, 25/2/77, LLNOA 1998-647; STJ de Entre Ríos, Sala Trabajo, “Jacques, Fabio c./Organización Delasoier Hnos. SA, R.D.L.”, 8/9/89, 2000-I, sums. 71 a 74.

Carlos Pose

VIENE DE PÁGINA 9

palabras, las finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento (art. 2º, Cód. Civ. y Com.); es decir, como premisa de un sistema armónico integral.

La coherencia legislativa sería uno de los puntales básicos del ordenamiento jurídico que lleva a que los magistrados puedan resolver los asuntos que son sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (art. 3º, Cód. Civ. y Com.)⁽⁵⁾: existe por parte de los jueces el deber de resolver los conflictos particulares solo cuando sean incitados en su jurisdicción y, como contrapartida, el derecho de los ciudadanos a obtener una sentencia fundamentada, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico como corolario del adecuado y debido proceso legal que reglamenta el art. 18 de nuestra Carta Magna.

A fin de cumplir con la manda normativa, los magistrados pueden recurrir, en lo sustancial, a diferentes métodos interpretativos, a saber:

a) El *método lógico-gramatical o filológico*, que da primacía al texto literal de la norma siguiendo las reglas gramaticales, el uso corriente del lenguaje y la lógica jurídica: las leyes, aclara Soler⁽⁶⁾, deben ser hechas con palabras porque aquellas tienen por función la de regular acciones; y el hombre no posee otra manera de mencionar, combinar e imaginar los estados futuros constitutivos de un plan de acción.

El criterio referido parte de una premisa que puede ser inexacta; esto es, que la convicción de que el creador de la norma empleó correctamente los términos y que estos reflejan con exactitud su pensamiento, es decir, su voluntad original.

Se impone un respeto cuasi servil al texto de la ley, en el que debe encontrarse la respuesta adecuada a todas las controversias jurídicas, tras su lectura racional siguiendo los principios de la lógica.

Se lo considera el primer método que debe aplicarse cuando un texto es oscuro⁽⁷⁾.

b) El *método histórico*, con el que debe acudir-se a la voluntad e intención del legislador según la tradición cultural, vinculando la regla estatal con las normas que le sirven de antecedente.

El referido *método interpretativo* tiene su origen en la denominada *escuela histórica del derecho*, nacida en Alemania como una reacción contra los excesos del pensamiento iusnaturalista. Para dicha corriente de pensamiento, el derecho es un producto cultural del espíritu del pueblo y el legislador, en consecuencia, no interviene como agente creador del derecho sino más bien como un factor configurador de un derecho preexistente en los sentimientos de la comunidad.

c) El *método teleológico* buscando la finalidad institucional perseguida por el legislador al sancionar la ley —protección del consumidor, tutela de la economía, protección de la buena fe, etc.— y aplicándola, consecuentemente, a la realidad social existente.

La referida metodología parte de la idea de que el derecho está orientado a determinados fines que se encuentran condicionados por necesidades variables y contingentes —políticas, históricas, culturales, etc.— y, por ende, toda decisión judicial debe responder a satisfacer los referidos intereses sociales: en este campo el juez debe transformarse en un sociólogo destinado a tamizar las normas jurídicas.

Dentro de este contexto la Corte Suprema ha señalado que la inconsecuencia o la falta de previsión jamás se suponen en el legislador y, por ello, la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con pleno valor y efectos jurídicos⁽⁸⁾: no obstante, la primera fuente de interpretación de las leyes es su letra y cuando esta no exige esfuerzo para determinar su sentido, debe ser aplicada directamente⁽⁹⁾, sin perjuicio de que su comprensión no se agota con la remisión a su texto sino que debe indagarse lo que ella dice jurídicamente dando pleno efecto a la finalidad de la norma y computando la totalidad de sus preceptos, de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la CN⁽¹⁰⁾ debiendo desechar la admisión de soluciones notoriamente injustas⁽¹¹⁾.

III. Finalidad de las leyes laborales

Bajo este esquema político, las leyes laborales tienen, a su vez, la finalidad objetiva de preservar la dignidad de los trabajadores protegiéndolos de todo abuso de los empleadores y garantizar la paz social.

El derecho del trabajo es un derecho nuevo, de corte transaccional⁽¹²⁾, nacido para evitar el conflicto entre clases sociales con intereses divergentes; y es por ello que suele renunciar al ideal de una aplicación exacta del derecho abstracto a favor de una realización fácil y segura, si bien imperfecta, de sus principios.

Lo expuesto explica que se la considere una disciplina de orden público y que la interpretación y aplicación de sus normas jurídicas deba hacerse en la más forma más favorable al trabajador (art. 9º, LCT), ya que este es el grupo o clase social que pretende tutelar, por encontrarse en inferioridad de condiciones frente al empresario capitalista⁽¹³⁾.

Pese a ello, en nuestro ordenamiento jurídico las leyes laborales constituyen normas comunes, es decir, derecho no federal; y, en principio, su análisis, estudio y la interpretación de sus directivas son ajenos al recurso extraordinario que reglamenta el art. 14 de la ley 48.

Dicho extremo fue señalado por la Corte Suprema al expresar que si bien por el excepcionalísimo supuesto de *arbitrariedad de sentencia*,

se autoriza a que el tribunal revise decisiones de los jueces de la causa en materia de derecho común, no implica ello que corresponda sustituirlos en el estudio de temas que le son privativos, ni que el recurso extraordinario se constituya en la vía para corregir fallos equivocados o que se reputen tales.

En especial, enfatizó: “las cuestiones atinentes al derecho del trabajo no flexibilizan esta regla: si la Corte Suprema entrara a conocer el fondo de un litigio con el propósito de fijar la recta interpretación de la ley común aplicable y conseguir, por ese medio, la uniformidad jurisprudencial sobre el punto, en realidad so color de restablecer la igualdad constitucional supuestamente violada por fallos contradictorios de diversos tribunales del país sobre una misma cuestión en materia laboral, ejercería una facultad ajena al recurso extraordinario”⁽¹⁴⁾.

Pese a ello, la Corte no pudo menos que volver sobre sus pasos y, en numerosas ocasiones, se ha visto a imponer un “quietus” en materia de interpretación y aplicación de las normas laborales por razones de seguridad jurídica.

Así, p. ej., lo hizo en el célebre caso “Vizzoti c/Amsa SA”⁽¹⁵⁾ dejando de lado las limitaciones indemnizatorias contenidas en la última parte del art. 245 de la LCT, por considerar que no daban adecuada aplicación al principio constitucional de *protección contra el despido arbitrario*, reduciendo, en sus aspectos prácticos, la indemnización hasta convertirla en inicua en el supuesto de dependientes altamente jerarquizados.

En la emergencia, la Corte no temió establecer pautas indemnizatorias en materia de despido, explicando que su actuación no quebraba el principio de *separación de poderes*, sino que, simplemente, intentaba ejercitar un control razonable de la legislación vigente. Estableció, por ello, que los topes contenidos en el art. 245 de la LCT deben limitarse hasta el 33% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable devengada por el trabajador, apuntando “permitir que el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuido en más de un tercio, a los fines de determinar la indemnización por despido sin justa causa, significaría consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable enunciado en el art. 14 bis, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes y que lo protegerán del despido arbitrario”.

El pronunciamiento, como sucede con muchos otros, no contentó ni a tirios ni a troyanos: unos cuestionaron que no hubiese declarado la inconstitucionalidad de los topes legales; otros, que se hubiera excedido en su potestad jurisdiccional arrebataando al Poder Legislativo facultades propias.

El referido fenómeno es explicable, porque: a) el derecho laboral es un derecho de choque⁽¹⁶⁾; esto es, un derecho fuertemente ideologizado, que es visto desde puntos extremos; b) una decisión como la adoptada afecta fuertes intereses económicos siendo que la relación de trabajo, esto es la prestación de servicios en

relación de dependencia, es la que sirve como estructura del mundo productivo; y c) vivimos en una era de maniqueísmo cultural, en que no aceptamos que las leyes sean imperfectas, fruto de un legislador también imperfecto, para regular las acciones humanas imprevisibles y, en consecuencia, se entiende que el supremo órgano judicial debe fijar lineamientos interpretativos que sirvan para canalizar las pretensiones de los sujetos laborales y hacer reinar cierta paz social, ejerciendo una suerte de activismo pretoriano tendiente a corregir la imperfección de las leyes.

Al pronunciamiento de la Corte Suprema que hemos mencionado pueden agregarse otros relevantes defendiendo, p. ej., la posibilidad de que la figura civil de la *locación de servicios* coexistiese con el negocio jurídico laboral (caso “Rica”), interpretando los alcances del art. 3º de la ley 26.773 y declarando su inaplicabilidad a los accidentes *in itinere*⁽¹⁷⁾, resolviendo que el art. 30 de la LCT no pudiera ser aplicable contra una empresa editora que había contratado a un tercero para la distribución de sus periódicos⁽¹⁸⁾ y negando que la extinción de la relación de trabajo mediante escritura pública, para ser eficaz, requiera de oportuna homologación administrativa y/o judicial (caso “Ocampo”, 10/9/20).

La actuación de la Corte, reiteramos, es explicable, ya que la configuración de la jurisprudencia, como fuente de derecho, requiere de decisiones uniformes y constantes emitidas por los tribunales judiciales que generen una doctrina judicial.

Pero, la validez de esa doctrina judicial y, por ende, la manifestación jurisprudencial está condicionada a su convalidación por la Corte Suprema; con la particularidad de que, producida esa convalidación, la doctrina jurisprudencial resulta, en la práctica, y por razones de economía procesal, vinculante para los jueces inferiores, siempre que no se invoquen hechos o argumentos novedosos que no fueren contemplados por el alto tribunal.

IV. El caso “Puig” o la tutela del trabajador varón frente al matrimonio

El 24 de septiembre de 2020 la Corte Suprema resolvió dejar sin efecto un criterio que podría considerarse mayoritario en materia de derecho laboral por cuanto la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, si bien había admitido, mediante acuerdo plenario, que un trabajador varón podía acceder a la reparación extraordinaria que reglamenta el art. 182 de la LCT⁽¹⁹⁾ negaba que este pudiera invocar en su beneficio la presunción del art. 181 de la LCT, es decir, que se considerará que el despido del trabajador, acaecido dentro del período de tres meses anteriores o posteriores a las nupcias, estuviera originado por su cambio de “status”; esto es, a la condición de casado.

Dicho criterio era compartido por un nutrido grupo de juristas⁽²⁰⁾.

La Corte deja, en tal sentido, sin efecto un sólido pronunciamiento emitido por la Dra. Graciela Lucía Craig, en su condición de magistra-

{ NOTAS }

neamente, trasmutando el adagio *iura novit curia*, incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución Nacional aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, es decir nuestra Carta Magna (CSJN, “Banco Comercial de Finanzas SA”, 19/8/04, Fallos 327:3117).

⁽⁵⁾ Se ha señalado, en tal sentido, que la forma republicana de gobierno adoptada por el art. 1º de la CN exige que todo acto estatal deba tener una explicación racional y obliga a los magistrados del Poder Judicial a dar a conocer las razones de sus decisiones (CSJN, 2/7/20, “Flamenco c/ Policía Federal Argentina”, Fallos 343:506).

⁽⁶⁾ SOLER, Sebastián, “Las palabras de la ley”, Ed. Praxis Jurídica, 1974, p. 192.

⁽⁷⁾ TORRÉ, Abelardo, “Introducción al Derecho”, Ed. Abeledo Perrot, 2003, p. 423.

⁽⁸⁾ CS, 15/3/97, “Fernández de González c/Nación Argentina”, Fallos 297:142; 10/10/78, “Vaz de Merzario”, Fallos 300:1080; 2/9/87, “La Prensa SA”, Fallos 310:1715; 12/9/89 “Partido del Trabajo y del Pueblo”, Fallos 312:1614; 16/4/19, “Izquierdo”, Fallos 342:667; 26/3/19, “Institutos Médicos Antártida”, Fallos 342:459.

⁽⁹⁾ CS, 12/4/16, “Grupo Posadas c/AFIP”, Fallos 339:434; 27/9/18, “Páez c/Asociart ART SA”, Fallos 341:1268; 11/10/18, Mayorga c/PNA”, Fallos 341:1322; 30/10/18, “Martínez c/Galeno ART SA”, Fallos 341:1443; 2/7/20, “Copparoni SA c/DGI”, Fallos 343:498.

⁽¹⁰⁾ CS, 16/4/19, “Izquierdo”, Fallos 342:667.

⁽¹¹⁾ CS, 26/2/19, “Bonet c/Experta ART SA”, Fallos 342:162.

⁽¹²⁾ DEVEALI, Mario, “Lineamientos del Derecho

del Trabajo”, Ed. Tipográfica Editora Argentina, 3ra ed., ps. 38/9.

⁽¹³⁾ Es por ello que se ha señalado que el art. 14 bis de la CN tiene por finalidad hacer de todo hombre y mujer trabajadores sujetos de preferente tutela constitucional enriqueciendo el bagaje humanista del texto de 1853-1869 con los renovadores impulsos del *constitucionalismo social* desplegados, a escala mundial, en la primera mitad del siglo XX (CSJN, 21/9/04, “Aquino c/Cargo Servicios Industriales”, Fallos 327:3753, DT 2004-B.1286).

⁽¹⁴⁾ CS, sent. del 22/12/09, “Benítez c/Plataforma Cero”, Fallos 332:2815.

⁽¹⁵⁾ CS, Fallos 327:3677.

⁽¹⁶⁾ Se trata, según aclara la doctrina, de un derecho novedoso nacido al calor de dos acontecimientos extraor-

dinarios: uno político, como lo fue la Revolución Francesa, y otro económico, encarnado en la Revolución Industrial (AMBESI, Leonardo J., “Constitución, Ley y Derecho del Trabajo”, Ed. La Ley, p. 11).

⁽¹⁷⁾ CS, casos “Páez”, 27/9/18, Fallos 341:1268 y “Pe-reyra”, 12/2/19, Fallos 342:49.

⁽¹⁸⁾ CS, caso “Payalap”, 29/8/19, “Fallos 342:1426.

⁽¹⁹⁾ CNTrab. acuerdo plenario n° 182, 23/3/90, “Drewes c/Conselec SA”, DT 1990-A-893.

⁽²⁰⁾ ETALA, Carlos Alberto, “Contrato de trabajo”, ed. Astrea, t. II, p. 69; PIROLO, Miguel A., (dir.), “Derecho de Trabajo Comentado”, Ed. La Ley, t. I, p. 503; FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ed. Erreius, t. III, p. 1465; GRISOLÍA, Julio Armando, “Manual de Derecho Laboral”, Ed. Abeledo-Pe-

da del primer voto, con adhesión del Dr. Luis A Raffaghelli, puntualizando que la citada interpretación pretoriana colisiona abiertamente con las directivas que fluyen de los tratados internacionales de derechos humanos en materia de discriminación y protección integral de la familia.

Se expresa, en lo sustancial, que la literalidad de los arts. 180, 181 y 182 de la LCT no contiene elemento alguno que autorice a excluir de sus disposiciones al trabajador varón (cons. 6º), que la restricción consagrada en el fallo apelado se revela como producto de una inteligencia regresiva, dado que las leyes no pueden ser interpretadas solo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro y está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción (art. 8º); y que en el nuevo paradigma sociocultural los cónyuges ya asumen o tienden a asumir por igual las responsabilidades familiares, por lo que no interpretarse que los estímulos del empleador para despedir a quienes contraen matrimonio se suscitan solamente en el caso de las mujeres trabajadoras (cons. 9º).

V. La argumentación pretoriana

Los argumentos son razonables y, es más, en su momento estimamos (21) que tras la sanción de la ley 23.592 era más que factible que la jurisprudencia aceptase que el trabajador varón pudiera invocar para sí la presunción del art. 181 de la LCT, haciendo hincapié en que toda interpretación restrictiva corría riesgo de ser desplazada ante la aceptación institucional del matrimonio igualitario o matrimonio homosexual que daría pie a una proyección dinámica de la norma.

En tal sentido Ackerman (22) señaló que el tratamiento diferenciado en beneficio de la mujer en nuestra legislación nacional no era frecuente en las legislaciones laborales más modernas ni en las normas internacionales, representando un anacronismo, tras la sanción de la ley 26.618 (23) y frente al art. 402 del Cód. Civ. y Com., que establece que “ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio y los efectos que este produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”.

Similares fueron las precisiones de Grisolia (24) al enfatizar que la sanción de la ley 26.618 (22/7/10) puede llevar a revisar la doctrina plenaria de “Drewes”, ya que, en su art. 42, establece que ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, independientemente del sexo de los cónyuges, por lo que parece razonable entender que la presunción debe aplicarse tanto al varón como a la mujer, en igualdad de condiciones.

Pese a ello, es conveniente realizar un análisis de lo resuelto desde el campo normológico, sociológico y axiológico.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, lo resuelto por la Corte es razonable: su decisión armoniza normas dispares —es decir civiles y laborales— en un campo delicado que guarda relación con instituciones jurídicas de importancia trascendental: el matrimonio como unión convivencial con vocación de permanencia.

La cultura jurídica romano-canónica definen de la coherencia normativa como factor primordial para las decisiones judiciales: las personas deben vivir en un mundo donde los preceptos normativos se integren armónicamente; y contribuyen poderosamente a tal conclusión, siguiendo el pensamiento de Ackerman, los términos del art. 402 del Cód. Civ. y Com., transcripito precedentemente.

El empleador, puesto en el trance de despedir a un trabajador o a una trabajadora, puede verificar su “status” civil y respetar o no una regla clara: durante un período concreto de tiempo —tres meses antes y seis meses después del acto nupcial— el dependiente se encuentra en un período de tutela, cuya violación puede hacerlo acreedor a un mayor crédito indemnizatorio: el equivalente a un año de salarios.

Pero desde el punto de vista sociológico, hombres y mujeres son diferentes: iguales pero diferentes; en la práctica, la trabajadora mujer, en razón de sus características emocionales, suele sentir un mayor compromiso hacia su hogar que hacia su trabajo. Sabe que el cambio de “status” incrementa el rango y campo de sus obligaciones personales transformándola en señora del hogar (25); y es por ello que en una obra clásica en la materia (26) se sostenía que la aplicación de las previsiones del art. 180 de

la LCT debía considerarse una situación excepcional.

Se ha señalado (27) que el legislador no puede dejar de reconocer las diferencias fisiológicas, físicas y espirituales que existen entre el hombre y la mujer, que exigen una reglamentación destinada a proteger la labor de esta con disposiciones especiales: entre ellas figuraba el vedar la posibilidad de todo despido por la celebración de nupcias

Por el contrario, el trabajador que contrae matrimonio toma sobre sí la carga de ser responsable del sostenimiento de una futura familia y sabe que, culturalmente y frente a terceros, sus compromisos sociales se potencian: se espera que se esfuerce más, que demuestre su condición de buen proveedor del hogar. Si pierde el empleo, no solo daña su economía particular, sino la economía familiar; el empleador puede esperar mayor responsabilidad y vocación de servicio de un trabajador casado que de uno soltero, especialmente en una época en que el empleo estable se ha transformado en un bien escaso.

En tal sentido, tal como señala la Dra. Graciela Lucía Craig en el caso “Puig”: “existe una realidad sociocultural difícil de soslayar: muchas veces la trabajadora mujer, a diferencia de lo que ocurre con el trabajador varón, es segregada de ciertos ámbitos laborales por razón del género, lo que justifica el diferente alcance que corresponde darle a la presunción del art. 181 de la LCT. Es difícil pensar e imaginar que, históricamente, el hombre hubiera sido objeto de un trato discriminatorio en el trabajo por el solo hecho de ser tal. Sin embargo, no puede afirmarse lo mismo en relación de con la mujer”.

Cabe rescatar, en tal sentido, una prudente advertencia doctrinaria (28): “dos hombres de distinta raza o color de piel son biológicamente iguales, un hombre y una mujer no lo son; una mujer y un hombre no están similarmente situados respecto a las circunstancias de su vida. El embarazo, el aborto... y la creación de otro ser humano son especiales, muy especiales. La mujeres tienen esas experiencias, los hombres no”.

Dichas circunstancias justifican una especial tutela normativa en beneficio de la mujer.

Desde el punto de vista axiológico, no creo que pueda aseverarse que sancionar al empleador que despide a un trabajador varón durante el período de sospecha a que hace referencia el art. 181 de la LCT, con el pago de una repara-

ción equivalente a un año de sueldo, resulte un acto de justicia trascendental.

Cabe señalar que el dinamismo del ordenamiento jurídico es peculiar: el despido de la trabajadora mujer por razón de matrimonio fue aplicado agresivamente en ciertos campos empresariales (ej. en el ámbito de las empresas aeronáuticas frente a la azafata y/o en ciertas empresas públicas) y ello llevó a la sanción de normas laborales que imponen el pago de una reparación extraordinaria por despido.

La protección al matrimonio, señala Grisolia (29), se desarrolló en Argentina a partir de la premisa basada en la defensa de la institución familiar y para evitar la discriminación de la que resultaban víctimas fundamentalmente las trabajadoras que eran despedidas por la sola circunstancia de contraer matrimonio, por empresarios inescrupulosos que pretendían, de ese modo, evitarse las repercusiones negativas que el nuevo estado civil de su dependiente le depararía a su empresa, principalmente por tener que otorgarle diversas licencias.

Luego, aclara, el objetivo final de la regulación brindada por la Ley de Contrato de Trabajo al matrimonio es la protección integral de la familia, lo que además se encuentra previsto y garantizado por el art. 14 bis de la CN en la medida en que salvaguarda la posibilidad de asumir, en forma responsable, la constitución de la familia, lo que no puede llevarse a cabo si no existe una fuente de recursos que permita no solo la subsistencia sino la consolidación del grupo familiar.

El plenario “Drewes” justificó, en su momento, que el trabajador varón pudiera reclamar la citada reparación extraordinaria y hoy la Corte admite tal reclamo sin cortapisas, es decir, por aplicación de una simple presunción y no exigiendo prueba en la materia.

Pero en el mundo real el matrimonio es una institución en trance de desaparecer, ya que la mayoría de las parejas, incluso las homosexuales, recurren al simple connubio y no legalizan su “status” familiar.

VI. Corolario

Roma locuta, causa finita: el trabajador varón puede invocar para sí la presunción del art. 181 de la LCT.

Cita on line: AR/DOC/3565/2020

{ NOTAS }

rrot, 2019, p. 567.

(21) “Ley de Contrato de Trabajo”, Ed. David Grinberg, 3º ed., 2014, p. 456.

(22) ACKERMAN, Mario, “El despido”, Rubinzal-Culzoni Edit., p. 427.

(23) Ley 26.618 de Matrimonio Civil Igualitario (B.O. 22/7/2010).

(24) GRISOLÍA, Julio A., “Manual de Derecho Laboral”, Ed. Abeledo-Perrot, 2019, p. 568.

(25) Es por ello, tal como señala la doctrina, la legislación social debe privilegiar la presencia de la madre en el hogar con subsidios específicos (PODETTI, Humberto A.,

“Política Social”, Ed. Astrea, 1982, p. 289).

(26) LÓPEZ, Justo - CENTENO, Norberto O. - FERNÁNDEZ Madrid, Juan Carlos, “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ed. Contabilidad Moderna, 1978, t. II, ps. 659/60.

(27) GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Ed. Ad-hoc, 1998, p. 469.

(28) KAUFMAN, Gustavo Ariel, “Dignus inter pares”, Ed. Abeledo-Perrot, 2010, p. 68.

(29) GRISOLÍA, Julio Armando, “Manual de Derecho Laboral”, Ed. Abeledo-Perrot, 2019, p. 566.

EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 5, a cargo del Dr. Patricio Maraniello, Secretaría Nº 9 a mi cargo, sito en Libertad 731 piso 10º de Capital Federal, hace saber que FABIANNY ANDREINA RUBIO LUGO, DNI Nº 95.723.193

de nacionalidad Venezuela y de ocupación Cordinal System, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá

hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces, en el lapso de quince días.

Buenos Aires, 10 de agosto de 2020
Néstor Javier Salituri, sec.
LA LEY: I. 11/11/20 V. 11/11/20