

# Derecho del Trabajo

AÑO IV NÚMERO 11

Repercusiones del Código Civil  
y Comercial en el Derecho del Trabajo

Directores: Mario S. Fera - Héctor P. Recalde



Ministerio de  
Justicia y Derechos Humanos  
Presidencia de la Nación

 Infojus  
SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA



AÑO IV - NÚMERO 11

# Derecho del Trabajo

---

**PRESIDENCIA DE LA NACIÓN**

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

**MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS**

Dr. Julio Alak

**SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA**

Lic. María Florencia Carignano

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO  
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero

---

ISSN 2250-7612

Revista Derecho del Trabajo

Año IV - N° 11 - noviembre 2015

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.  
Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,  
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Directora Nacional: María Paula Pontoriero

Directora de Ediciones: Laura Pereiras

Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin

Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho del Trabajo y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la de los directores de la revista ni la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.



Mario S. Fera - Héctor P. Recalde

Directores

Victoria Cosentino - Leandro Recalde

Secretarios de Redacción



# Consejo Académico

Eduardo Álvarez  
Mauricio César Arese  
Enrique Arias Gibert  
César Bechetti  
Rodolfo Capón Filas  
Graciela Cipolletta  
Luisa Contino  
Graciela L. Craig  
Horacio De la Fuente  
Jorge Elías  
Juan Carlos Fernández Madrid  
Daniel Machado  
Oscar Massei  
Susana Medina  
Mónica Palomino  
Victoria Pérez Tognola  
Ana María Salas  
Claudia Salvatierra  
Ricardo Francisco Seco  
Carlos Alberto Toselli  
Gabriel Tosto



# Índice General

## Doctrina p. I

El contrato de fideicomiso en el Código Civil y Comercial y su influencia en el derecho laboral  
por M. ANDREA DECO..... p. 3

Suspensión del cumplimiento de la prestación contractual en el Código Civil y Comercial. Su importancia en el derecho del trabajo  
por JUAN J. FORMARO..... p. 3I

Integración de los ordenamientos jurídicos civil y laboral. Los derechos de incidencia colectiva. Su proyección en el derecho del trabajo  
por HEBE GARCÍA BORRÁS..... p. 4I

Relevancia de las normas procesales en el Código Civil y Comercial y su incidencia en el derecho laboral  
por MARIANA V. GARCÍA..... p. 59

La influencia del Estado constitucional y del neoconstitucionalismo en el Código Civil y Comercial  
por IVAN D. KVASINA..... p. 79

¿El Código Civil y Comercial como posible simbiote del trabajador? Prospectiva de los siniestros laborales como deudas de valor en moneda extranjera  
por NICOLÁS A. OCCHI..... p. 95

La acción preventiva del Código Civil y Comercial de la Nación en el derecho laboral  
por MARIANA M. OTAROLA ..... p. II7

El procedimiento laboral y el Código Civil y Comercial de la Nación  
por EMILIO E. ROMUALDI ..... p. 145

**ÍNDICE**

---

La responsabilidad extracontractual del Estado. Bosquejo inicial. ¿Un Estado Caín?  
por GABRIEL TOSTO ..... p. 177

**Fuentes citadas** ..... p. 187

**Índice temático** ..... p. 195

# Doctrina

---







# El contrato de fideicomiso en el Código Civil y Comercial y su influencia en el derecho laboral

por **M. ANDREA DECO**<sup>(1)</sup>

## I | Introducción

La reforma que introduce el Código Civil y Comercial (CCyC) unifica los aspectos centrales del derecho privado y realiza derogaciones parciales de las leyes 19.550, 20.266 y sus modificatorias, 24.441, 25.248 y 26.356. En términos generales, la reforma consolida las tendencias doctrinales y jurisprudenciales que hasta el momento se han dado en diversos institutos.

Corresponde poner de resalto que dicha reforma se ha constituido en uno de los eventos de mayor trascendencia de la historia jurídica de nuestro país, no solo porque luego de más de 145 años se ha sancionado un nuevo Código Civil, sino porque además se ha unificado con el Código Comercial.

Sabida es la estrecha vinculación e interrelación que existe entre nuestra materia laboral y la legislación civil y comercial, que forman parte del mismo derecho, por lo que en consecuencia esta reforma resulta de primordial importancia para el derecho del trabajo, en diversos aspectos.

.....

(1) Jueza del Juzgado en lo Laboral N° 10, de la Circunscripción Judicial N° 2, Rosario, Santa Fe.

El contrato de fideicomiso no es la excepción a lo expresado y, por tanto, también fue objeto de la reforma; su influencia en el derecho del trabajo ha de ser analizada.

No debe perderse de vista que este instituto se ha constituido en nuestros días en una de las herramientas más utilizadas para generar inversiones, realizar emprendimientos, entre otros casos, y ello implica que este tipo de contrato esté íntimamente ligado con las relaciones laborales que se formalizan en su contexto con el objeto de lograr el fin perseguido mediante el mismo, por lo que todas las reformas que se produzcan en torno a dicho contrato influirán, de alguna manera, sobre el derecho laboral.

En consecuencia, el presente trabajo estará dedicado a mostrar algunas de las consecuencias jurídicas que se derivan de las relaciones existentes entre el contrato de fideicomiso y las relaciones laborales.

En el Anteproyecto elevado al Poder Ejecutivo —base del Código Civil y Comercial de la Nación sancionado—, la Comisión de Reformas (decreto 191/2011), en lo que hace al contrato de fideicomiso, expresó la síntesis del espíritu y sentido que guió a los redactores.

La propuesta se basa en el texto del Proyecto de 1998, el que siguió la ley 24.441. El proyecto de 1998 propuso la incorporación de la figura al Código unificado, sistematizó las normas de la ley y propuso la modificación de algunos aspectos que a la fecha de su redacción la doctrina había marcado como necesaria. El régimen vigente no merece cambios profundos, pues no ha mostrado grandes problemas de interpretación y aplicación y demostró eficiencia en su aplicación. Por ello proponemos mantener la sistematización y el texto del Proyecto de 1998, sin perjuicio de mejoras en aspectos de redacción que entendemos deben ser realizados, y la modificación de aspectos que la doctrina, autoral y judicial, marcan como necesarios, a saber: se aclara que las universalidades pueden ser objeto del fideicomiso, sin perjuicio de la persistencia de la prohibición respecto a herencias futuras. Se determina que el fiduciario puede ser beneficiario, con la prevención de que debe evitar cualquier conflicto de intereses y actuar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes. Se aclaran las facultades del fiduciario y la situación del benefi-

ciario. Si el fideicomiso se constituye con fines de garantía. Se determina que la liquidación del fideicomiso por su insolvencia se realizará por vía judicial. Se determina la responsabilidad personal del fiduciario, si resultara de los principios generales de la responsabilidad civil. Se deslinda que se pueden incorporar limitaciones contractuales a las facultades del fiduciario y sus efectos con respecto a terceros contratantes con el fideicomiso. Se aclaran las normas del dominio imperfecto y sus efectos.

Los nuevos artículos del CCyC son, en consecuencia, un “mix” entre la ley 24.441, las disposiciones del Anteproyecto de Reforma de 1998 y cuestiones novedosas que se incorporaron con esta reforma; en sí, el legislador actual decidió mantener el régimen en general e incorporar las mejoras que la doctrina y jurisprudencia reclamaban.

En cuanto al contenido que se toma de la ley 24.441, el CCyC realiza la corrección de deficiencias técnicas que van desde los errores de redacción hasta el ordenamiento lógico del articulado, obteniendo con ello una redacción más clara y una mayor precisión. No obstante, aun así y más allá de los aciertos, el CCyC tiene algunos aspectos criticables y cuestiones sin resolver que generan grandes interrogantes.

## 2 | El contrato de fideicomiso

El contrato de fideicomiso, conforme sostiene la mayoría de la doctrina, encuentra su origen en el contrato de “fiducia” del derecho romano. Dicho contrato se caracterizaba por la “confianza”, que era el elemento principal por el cual las partes contrataban.

En el derecho argentino, el fideicomiso se encontraba regulado por el Código Civil, en el Título VII —“Del dominio imperfecto”—, más específicamente en el art. 2662. Posteriormente, a partir del año 1995, dicho instituto pasó a estar regulado por la Ley 24.441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción, que reguló el fideicomiso hasta la entrada en vigencia del CCyC en el mes de agosto del corriente año.

Cabe destacar que en el CCyC dicho instituto ya no aparece en el Título en el que se encontraba, si no que específicamente se encuentra en el Título IV —Contratos en particular—.

Ahora bien, respecto del concepto de fideicomiso, se han elaborado muchas definiciones a lo largo de la historia, entre las cuales encontramos la dada por Mario Carregal, cuando dice que el fideicomiso es el “Contrato por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a título de confianza para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido”;<sup>(2)</sup> o la del Dr. Giraldi, cuando lo define como el “Negocio jurídico consistente en la afectación de un patrimonio a un propósito determinado en beneficio de alguien y en el encargo a un sujeto ajeno a la finalidad de realizar los actos tendientes a su cumplimiento”.<sup>(3)</sup>

Por su parte, la ley 24.441, en su art. 1º, establece que “Habrà fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a trasmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.

Finalmente, el CCyC lo define en su art. 1666, estableciendo: “Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario”.

De estas definiciones se desprende que, con el nuevo Código, no existen dudas acerca de la naturaleza jurídica del fideicomiso, es decir, de que es un contrato y, por lo tanto, debe interpretarse como tal.

Dicho contrato es de carácter consensual, dado que se perfecciona con el consentimiento de las partes, aun cuando se requiera la inscripción del contrato o de la propiedad fiduciaria cuando lo exijan los bienes que se transmiten. Además, es bilateral, nominado, típico, formal y puede ser oneroso o gratuito.

---

(2) CARREGAL, MARIO A., *El fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, citado en Molina Sandoval, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Montevideo, B de F, 2013, p. 18.

(3) GIRALDI, PEDRO M., *Fideicomiso (ley 24.441)*, citado en Molina Sandoval, Carlos A., *op. cit.*, p. 18.

Considero que es oportuno poner de resalto que en tanto el fideicomiso es un contrato, y aunque sea objeto de tributos, no posee personalidad jurídica, dado que no se encuentra contemplado en la Ley General de Sociedades ni en los arts. 141, 145 y 148 CCyC, ni en los artículos que lo regulan específicamente.

## 3 | Las partes del contrato

De la definición otorgada por la ley 24.441 se desprende que el contrato de fideicomiso comprende cuatro sujetos: el **fiduciante**, que es quien transmite o se compromete a transmitir la propiedad fiduciaria de sus bienes; el **fiduciario**, que es quien recibe dicho patrimonio y se obliga a administrarlo y a transmitirlo al cabo de un plazo o condición; el **beneficiario**, que es quien recibe las utilidades derivadas de la administración del patrimonio durante la vigencia del fideicomiso; y finalmente el **fideicomisario**, que es el sujeto a quien deben transmitirse los bienes al finalizar dicho contrato.

Dicha ley no reguló de manera expresa a estos sujetos; solo se limitó a regular la actuación del fiduciario y le dedicó un solo artículo al beneficiario (art. 2º), deficiencia esta que fue subsanada por la nueva legislación, dado que el CCyC le dedicó la 2ª Sección a los sujetos.

### 3.1 | El beneficiario

El art. 1671 CCyC establece que “El beneficiario puede ser una persona humana o jurídica, que puede existir o no al tiempo del otorgamiento del contrato, en este último caso deben constar los datos que permitan su individualización futura. Pueden ser beneficiarios el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario...”.

El nuevo Código no modificó lo establecido por la ley 24.441, pero igualmente consideró oportuno realizar un mero análisis de este sujeto.

Gastón A. Zavala, en su comentario al CCyC, ha expresado: “Lamentablemente el texto sancionado el 1 de octubre de 2014 no menciona en qué consiste dicho beneficio y su fuente directa e inmediata, tampoco brindó una apreciación explícita. Fue la doctrina a partir de una prieta hermenéutica, quien entendió que consiste en los frutos de las cosas o bienes que

hayan sido objeto del contrato de fideicomiso”.<sup>(4)</sup> Entonces, siguiendo lo expresado por la doctrina, el beneficiario es el sujeto que recibe los beneficios del fideicomiso durante la vigencia del mismo, y dichos beneficios consisten en los frutos de las cosas o bienes objeto del contrato.

El Código contempla la posibilidad de que este sujeto exista o no al momento del contrato y, en caso de no existir, solo requiere que las partes expresen los datos necesarios para su identificación futura. Asimismo, le permite al fiduciario designar a uno o más beneficiarios, los que se benefician por igual, salvo disposición expresa en contrario. Pueden designarse como beneficiarios al fiduciante, al fiduciario o al fideicomisario.

El derecho del beneficiario es temporario, dado que dura mientras se encuentre vigente el contrato de fideicomiso y, salvo que expresamente se prohíba dicho derecho, puede ser transferido por acto entre vivos o por causa de muerte.

Finalmente, el artículo en cuestión también prevé un orden de sustitución en caso de que el beneficiario designado no acepte, renuncie o no llegue a existir; en este caso, dice que se entenderá beneficiario al fideicomisario y, si este no acepta, renuncia o no existe, se entenderá que es el fiduciante.

## 3.2 | El fideicomisario

El art. 1672 CCyC expresa que “El fideicomisario es la persona a quien se transmite la propiedad al concluir el fideicomiso”.

Conforme lo expresó Gastón A. Zavala,

La incorporación de este precepto es uno de los puntos positivos destacados en el abordaje del fideicomiso en el nuevo Código. Se regula así una figura, que si bien había sido incorporada por la ley 24.441, no satisfizo de manera integral el tratamiento de su actuación ni sus efectos, ya que omitió toda referencia a su individualización, a la posibilidad de una determinación plural o las condiciones o requisitos que debe reunir, etc.<sup>(5)</sup>

---

(4) RIVERA, JULIO CESAR y MEDINA, GRACIELA, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ª ed., 1ª reimpresión, Bs. As., La Ley, 2015 —Libro III, Derechos personales—, Cristina Noemí Armella y Edgardo Lopez Herrera (dirs.), p. 912.

(5) RIVERA, JULIO CESAR y MEDINA, GRACIELA, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, *ibid.*, p. 913.

De la definición otorgada por el CCyC se desprende que el fideicomisario es un sujeto que permanece inactivo durante toda la vigencia del contrato de fideicomiso, dado que su actuación comienza cuando este se extingue. Cabe señalar que con ello, además, se pone fin a todas las dudas y confusiones que se pudieran generar respecto de los sujetos del fideicomisario y beneficiario.

Expresamente dicho artículo establece que pueden ser designados como fideicomisarios el fiduciante, el beneficiario o una persona distinta de ellos, pero nunca podrá ocupar ese lugar el fiduciario.

En lo que respecta al orden de sustitución, en caso de que el fideicomisario no acepte, renuncie o no llegue a existir, dicho lugar, será ocupado por el fiduciante.

### 3.3 | El fiduciante

El nuevo Código Civil y Comercial, al igual que la ley 24.441, no reguló expresamente la figura del fiduciante, y he de destacar que él es el sujeto que constituye el fideicomiso, dado que de él emana la voluntad constitutiva del contrato.

El fiduciante es el responsable de la designación de los demás sujetos del contrato y, a falta de regulación expresa, entiendo que la capacidad exigida para formalizar dicho contrato es la capacidad para enajenar.

### 3.4 | El fiduciario

El art. 1673 CCyC establece que “el fiduciario puede ser cualquier persona humana o jurídica (...) El fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato”.

Por su parte, expresa Gastón Zavala: “En la celebración del contrato fiduciario, se requiere inicialmente la participación de al menos dos partes, el fiduciante y el fiduciario, convirtiéndose este último en titular del derecho transmitido hasta que deba traspasarlo a un tercero (beneficiario o fideicomisario según el caso)”.<sup>(6)</sup>

.....

(6) *Ibid.*, p. 915.

A mi entender, el fiduciario es la figura más importante del contrato y ello se desprende del hecho de que tanto la ley 24.441 como el CCyC le dedican varios artículos.

Este sujeto es el designado por el fiduciante para administrar el patrimonio fideicomitado, y la ley permite que pueda ser tanto una persona física como jurídica.

La parte final de dicho artículo pone fin a la discusión doctrinaria acerca de si el fiduciario podía ocupar el lugar de beneficiario, resolviendo dicha cuestión por la afirmativa. No obstante, se aclara que, al actuar como un buen hombre de negocios, lo que es exigido para la administración del fideicomiso, se le suma la obligación de evitar el conflicto de intereses, privilegiando los intereses de los restantes sujetos intervinientes en el contrato.

El CCyC establece que el fiduciario debe cumplir las obligaciones impuestas por la ley y el contrato con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios, como bien expresé anteriormente. La base de este contrato se encuentra en la confianza que el fiduciante tiene sobre el fiduciario. El Código no hizo más que receptar dicha base y normar la actuación del fiduciario privilegiando la buena fe como esencia de su función y no a través de sus deberes.

El concepto “buen hombre de negocios” no tiene una interpretación estanca, sino que, por el contrario, es dinámica. Podría decirse que consiste en que la persona a la cual se le encomienda el negocio emplee la diligencia requerida normalmente para el tipo de negocios de que se trate.

En cuanto a la responsabilidad del fiduciario, la regla general es que, frente a las partes del contrato, es responsable de todo daño causado al fiduciante, al fideicomisario o al beneficiario como consecuencia de la inexecución total o parcial de las obligaciones del fideicomiso. Frente a terceros, su responsabilidad se limita a los bienes fideicomitados cuando contrata en nombre del fideicomiso y dentro de las facultades otorgadas en el marco del mismo.

Ahora bien, si el fiduciario no se comporta como un buen hombre de negocios, excede los fines del fideicomiso, o hace primar sus intereses por sobre el del resto de las partes, responderá con su patrimonio personal cuando el transmitido sea insuficiente.



Dentro de las obligaciones del fiduciario se encuentra la de rendición de cuentas, la cual debe efectuarse con una periodicidad no mayor a un año, conforme la ley o el contrato, y cuando fuere solicitada por el fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario. La legitimación para solicitar la rendición de cuentas fue ampliada por el nuevo Código dado que la ley 24.441 solo preveía que esta podía ser solicitada por el beneficiario (art. 7°).

Se encuentra expresamente prohibido por el art. 1676 CCyC dispensar al fiduciario de las obligaciones de rendir cuentas, de la culpa o dolo en la que pueda incurrir y de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos.

Como contraprestación a su función de administrador de los bienes fideicomitidos, el fiduciario tiene derecho al reembolso de los gastos y a percibir una retribución —que, en caso de no ser fijada en el contrato, podrá ser determinada judicialmente—.

## 4 | Objeto del contrato

El CCyC introdujo expresamente el art. 1670 mediante el cual se establece que “pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlo las herencias futuras”.

Este artículo vino a subsanar una deficiencia que tenía la ley 24.441 dado que ella no regulaba expresamente el objeto del contrato en cuestión, y a poner fin a la doctrina que, por analogía, interpretaba que el objeto del contrato debía cumplir con las exigencias de todo objeto de acto jurídico como tal. Asimismo, admite que sean objeto del contrato las universalidades y expresamente prohíbe que lo sean las herencias futuras.

Al referirse, este mismo art. 1670 CCyC, a “todos los objetos que estén en el comercio”, lo que se pretendió es no limitar el objeto de este tipo de contratación, permitiendo con ello que cualquier cosa que esté en el comercio pueda constituir el objeto de este contrato.

A más abundamiento, el art. 1667 CCyC establece en sus dos primeros incisos que el contrato debe contener la individualización de los bienes objeto del contrato; y que en caso de no resultar posible tal individualización

a la fecha de la celebración, debe constar la descripción de los requisitos y las características que deben reunir dichos bienes y, además, debe contener la determinación de cómo ingresarán otros bienes al fideicomiso.

## 5 | Efectos del contrato

La Sección 3ª del nuevo Código está dedicada a los efectos del contrato de fideicomiso.

Los arts. 1682 y 1683 CCyC establecen que “Sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria...” y que “El carácter fiduciario de la propiedad tiene efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplen los requisitos exigidos de acuerdo con la naturaleza de los bienes respectivos”.

Este Código no introdujo modificaciones en este aspecto sino que, por el contrario, mantiene el criterio de propiedad imperfecta con una finalidad determinada.

El art. 1685 CCyC, por su parte, expresa que “Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario...”.

En consecuencia, para que el dominio fiduciario tenga plenos efectos frente a los terceros, este dominio debe surgir del documento de adquisición de los bienes y de los registros respectivos, es decir,

... desde el momento en el que se cumplen los requisitos exigidos según la naturaleza de los bienes respectivos, se producen los efectos frente a terceros. De allí que cuando se trate de bienes registrables (v. gr. inmuebles, automotores, etc.) para la oponibilidad a los terceros interesados de buena fe, será menester que se efectivice la inscripción de la transferencia de la propiedad fiduciaria constituida de conformidad a la prescripciones del Código (art. 1893).<sup>(7)</sup>

La separación de patrimonios, entre el fideicomiso y las partes que integran el contrato, es el efecto principal del contrato de fideicomiso y

---

(7) *Ibid.*, p. 939.

dicho principio es contemplado tanto por la ley 24.441 como por el nuevo Código, ampliando expresamente que tampoco se confundirá con los patrimonios del beneficiario y del fideicomisario.

Gastón Zavala en su comentario expresa:

Se deroga uno de los aspectos más debatidos y criticados de este contrato: la solución de la limitación de responsabilidad objetiva del patrimonio —por los daños causados como propietario de las cosas— limitada al valor de la cosa fideicomitida, que fuera impugnada de inconstitucional, y que dejaba en muchos casos a la víctima de un hecho ilícito sin cobertura, o con una indemnización ridícula, ya que no importaba el daño sino el valor de la cosa cuyo riesgo o vicio lo había causado.<sup>(8)</sup>

Resta aclarar que esta separación de patrimonios constituye una excepción a la regla de la universalidad del patrimonio.

## 6 | Duración y forma del contrato

El art. 1668 CCyC establece que el fideicomiso no puede durar más de 30 años desde la celebración del contrato y afirma que, cumplida la condición bajo la cual se estableció dicho contrato o pasados 30 años desde la celebración del mismo sin haberse cumplido, cesa el fideicomiso y los bienes deben transmitirse por el fiduciario a quien se designa en el contrato. A falta de estipulación, al fiduciante o a sus herederos.

El nuevo Código mantuvo las líneas generales que contenía la ley 24.441, agregando expresamente que, en caso de no haber destinatario de los bienes, los mismos vuelven al fiduciante.

Por su parte, en cuanto a la forma del mismo, el nuevo Código sí realizó un gran cambio. Es que el art. 1669 CCyC decreta que el contrato que puede celebrarse por instrumento público o privado, debe inscribirse en un Registro Público.

Ahora no existen dudas de que el contrato de fideicomiso debe celebrarse por escrito, ya sea en forma pública o privada, salvo cuando se requiera

(8) *Ibid.*, p. 941.

una formalidad especial, por los bienes que se transmiten, y de que el mismo debe ser inscripto (posteriormente trataré este tema con una mayor extensión), aunque la norma no haya expresado de manera clara cuál es el Registro en el que se inscribirán.

## 7 | Los puntos de la reforma: el CCyC y la relación con el derecho laboral

### 7.1 | La registración

Como bien dije anteriormente, el art. 1669 CCyC establece:

El contrato, **que debe inscribirse en el Registro Público que corresponda**, puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público. En este caso, cuando no se cumple dicha formalidad, el contrato vale como promesa de otorgarlo. Si la incorporación de esa clase de bienes es posterior a la celebración del contrato, es suficiente con el cumplimiento, en esa oportunidad, de la formalidades necesarias para su transferencia debiéndose transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso.<sup>(9)</sup>

Como refieren Juan Catuogno y Mario Kenny:

Tal como opinan Kiper y Lisoprawsky, el agregado resulta incompleto e impreciso, razón por la cual necesariamente deberá ser materia de reglamentación para que la norma pueda ser implementada en la práctica. Al menos para determinar si se refiere a algún registro preexistente o a un registro a crearse y para definir también algunas otras cuestiones de igual o mayor importancia....<sup>(10)</sup>

(9) Lo resaltado me pertenece y considero oportuno destacar que dicho extracto del artículo no existía en el proyecto elaborado por la Comisión Redactora.

(10) KIPER, CLAUDIO y LISOPRAWSKY, SILVIO, "Registración del Contrato de fideicomiso en el Código Civil y Comercial. Una novedad. Efectos" citado por CATUOGNO, JUAN L. y KENNY, MARIO O., "El Código Civil y Comercial y la exigencia de registración de los contratos de fideicomisos", en *Microjuris*, cita MJ-DOC-7261-AR | MJD7261, 09/06/2015.

Consecuentemente con lo que opinan estos autores falta resolver claramente tres cuestiones, a saber: a) cuál es el registro al que la norma se refiere; b) cuál es el efecto legal de la registración; y c) cuáles son las consecuencias del incumplimiento de la registración referida, por lo que no hay dudas de que es necesario que se dicte una norma complementaria o reglamentaria que regule esos temas y permita hacer operativa la disposición de fondo.

Por el momento, diversas son las interpretaciones que se pueden dar a la misma hasta tanto la normativa reglamentaria en cuestión sea dictada.

Por un lado, puede interpretarse que, toda vez que el artículo establece el nombre Registro Público en mayúsculas, pudo haberse querido hacer referencia al Registro Público de Comercio, que actualmente funciona en nuestro país. Sin embargo, hay que realizar unas observaciones al respecto.

Conforme lo expresa Catuogno, y adhiero totalmente a su postura,

... la exigencia de registración supondrá un grave obstáculo para la constitución de fideicomisos. Ello así porque es de público y notorio que el régimen del Registro Público de Comercio en nuestro país —de carácter local, no federal— es altamente ineficiente, y se basa en un método decimonónico, que no recepta para nada las nuevas tecnologías para la comunicación y documentación de las manifestaciones de voluntad y los acuerdos consiguientes. Hay jurisdicciones provinciales donde simples actos de registración (como la designación de directores de sociedades anónimas, por ejemplo) toman meses y hasta años para finiquitarse. En ese escenario, la función de publicidad registral pierde absolutamente todo sentido.<sup>(11)</sup>

Actualmente los contratos de fideicomiso financiero ya cuentan con un régimen de registración y publicidad, que es el propio de la autorización de oferta pública de valores. Y respecto de todos los contratos de fideicomiso, se trate de fideicomisos comunes o financieros, la AFIP dispone que deben contar con CUIT, lo cual implica que ya se encuentran registrados, aunque si bien no es un registro público, dicha información puede ser obtenida cuando se invoque un interés legítimo para ello.

.....

(11) CATUOGNO, JUAN L. y KENNY, MARIO O., *op. cit.*

En efecto, estimo conveniente que esta realidad expresa sea tenida en cuenta por quien corresponda al momento del dictado de la reglamentación del artículo en cuestión.

Ahora bien, a pesar de la falta de exactitud de la normativa en disputa, entiendo que la exigencia de registración constituye un factor determinante para la seguridad jurídica y para la oponibilidad a los terceros de buena fe que contraten con el fiduciario en nombre del fideicomiso, máxime cuando el patrimonio de los fideicomisos no posea bienes registrables.

Catuogno y Kenny han expresado, con relación al registro de los contratos:

... resulta esencial que esos fines puedan cumplirse de manera expeditiva, con base en las modernas técnicas registrales que tienen apoyo en la informática y las telecomunicaciones, con bajos costos, y que aseguren también un rápido y completo acceso a la información registral por parte de cualquier interesado. Al respecto, es aconsejable —y la norma bajo comentario no lo establece— descartar la pretensión de un control de legalidad de los actos a inscribir.<sup>(12)</sup>

Estos autores proponen como una suerte de pautas generales que debería tener el registro de fideicomisos, entre las que se encuentran las siguientes:

- a. Aclarar que la inscripción tiene mero efectivo declarativo, y que la falta de la misma acarrea como única sanción que el fiduciario, mientras dure la irregularidad pierde el derecho a retribución, y deberá indemnizar los perjuicios que la falta de inscripción ocasionen a las partes del contrato y a los terceros que se vinculen en relación con el fideicomiso; y
- b. Que el fideicomiso puede comenzar a operar desde el momento de su constitución.

Es dable aclarar que, cualquiera sea la solución que se adopte en cuanto al punto en cuestión, la información que debe volcarse en dicho registro debe ser la misma que actualmente exige la AFIP, o requerir alguna más pero de ninguna manera retroceder en cuanto a las exigencias ya dispuestas.

Ahora bien, hecho este análisis de la reforma, corresponde hacer una mera referencia a cómo era la realidad antes de la reforma y cómo se va a man-

---

(12) *Ibid.*

tener hasta tanto no se determine, en los hechos, que registro llevará los datos de los contratos de fideicomisos.

Si partimos de la premisa de que el fiduciario responde por las obligaciones contraídas en su administración del fideicomiso con los bienes fideicomitados, es de vital importancia que el trabajador pueda conocer cuáles son esos bienes, porque ellos constituyen la prenda común de su acreencia; y, más importante aún, que ese conocimiento se tenga antes de iniciar la acción para evitar que se litigue contra algo (“fideicomiso”) que no se sabe concretamente qué es.

Ante esta situación, lo mejor que puede hacer el trabajador, hasta tanto se cuente con el mencionado registro, es realizar todas las medidas probatorias previas que le permitan la determinación precisa del legitimado pasivo y cuál es el patrimonio con el que podrá hacer efectivo su crédito.

La jurisprudencia que se produce, como consecuencia de demandas bien planteadas, sirve para orientar a los operadores jurídicos.

Lisoprawski, en uno de sus artículos sobre este instituto, y más específicamente refiriéndose a este tema, ha dicho que

... evidencia un manejo inteligente de la actora —el trabajador— así como la respuesta del Tribunal, al recurrir a una diligencia preliminar como medida preparatoria a fin de conocer e instrumentar el escenario para la contienda principal, especialmente en lo que respecta a la clara determinación del legitimado pasivo, la determinación *ab initio* del patrimonio fiduciario, los bienes con los que eventualmente responderá, así como —de existir— la puesta en evidencia de un potencial fraude laboral, si fuere el caso (...) El mero hecho que no esté acreditado el fin de fideicomiso, no puede ser obstáculo al requerimiento de la demandante de acceder al contrato del mismo, porque es justamente el acceso a los instrumentos constitutivos de la propiedad fiduciaria el objeto de la pretensión y solo con dicha información podrá el accionante evaluar si es beneficiario del dominio fiduciario y en ese orden si decide demandar al fiduciario y en ese caso requerir una cautela que afecte al patrimonio separado según los arts. 14 y 15 de la ley 24.441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción. En ese

sentido, si bien es cierto que pesa sobre el litigante la carga de suministrar al tribunal los elementos que hacen a su pretensión, como ocurre con la determinación de los sujetos del pleito, no es menos cierto que puede apelar a la facultad acordada por el art. 323 del CPCCN cuando el incumplimiento de esa carga procesal le resulta imposible porque no puede, por sus propios medios, acceder al conocimiento de datos relevantes y necesarios para formular sin defectos sus pretensiones procesales. Este impedimento es el que habilita y hace admisible la medida preparatoria cuando la información no puede obtenerse sin la intervención de los jueces.<sup>(13)</sup>

En síntesis, el requisito exigido por el CCyC, en cuanto a la registración de los contratos de fideicomiso, trae aparejada la seguridad jurídica que se requiere a fin de evitar conflictos innecesarios, pero hasta tanto este Registro Público sea puesto en funcionamiento, corresponde al trabajador realizar las medidas preparatorias de prueba necesarias para evitar dilatar en el tiempo el conflicto ante el que se encuentra y efectuar una determinación precisa del legitimado pasivo y del patrimonio del cual percibirá su crédito.

## 8 | La propiedad fiduciaria y la responsabilidad de las partes

La característica principal de este contrato, y la que tienen en cuenta las partes contratantes al optar por la celebración de este tipo de contrato, es la separación patrimonial de los bienes fideicomitidos respecto de los patrimonios personales del fiduciante, del fiduciario, del beneficiario y del fideicomisario.

La ley 24.441 solo se refería en este punto al fiduciante y al fiduciario, y el nuevo Código subsanó esta duda incorporando expresamente al beneficiario y al fideicomisario.

El fiduciario es el titular del patrimonio fideicomitido, y es quien responde por el fideicomiso con dicho patrimonio. De lo expuesto se desprende que el fiduciario (que puede ser una persona física o jurídica) posee un patrimonio personal, y a la vez

---

(13) LISOPRAWSKI, SILVIO V., "Límites de la separación patrimonial en el fideicomiso. Fraude laboral", en *La Ley on-line*, La Ley, 07/05/2014, 1 - LA LEY2014-C, 707, cita AR/DOC/191/2014.



un “patrimonio de afectación” (fideicomitido). Vale señalar que nada obsta que el fiduciario pueda tener más de un patrimonio de afectación, por haber firmado más de un contrato de fideicomiso, y cada uno de estos patrimonios serán independientes y separados entre sí.<sup>(14)</sup>

Jurisprudencia, a la que adhiero, ha expuesto al respecto:

El fiduciario en sus relaciones con los terceros debe manifestar en todo momento que está obrando como fiduciario, para que el acto y sus consecuencias queden excluidos del ámbito patrimonial de la responsabilidad “a título personal” del fiduciario. Es él el principal interesado en que se produzca ese deslinde, para impedir un eventual reclamo del tercero: bajo esa condición opera el principio legal de la inmunidad del fiduciario expresado por la norma que limita el alcance de las acciones de terceros al patrimonio fideicomitido. Si el fiduciario obra sin hacer manifestación expresa de su carácter de tal quiere decir que está celebrando para sí el negocio jurídico de que se trata y que, por ende, ha comprometido su patrimonio personal.<sup>(15)(16)</sup>

Respecto de otro caso, se sostuvo:

... es procedente la resolución del juez *a quo* en la etapa de ejecución de sentencia, de acceder a la pretensión de levantamiento de embargo que afectaba el contrato de fideicomiso celebrado entre la codemandada UOMRA y el Banco de la Nación Argentina. Cabe advertir que el art. 14 de la ley 24.441 establece que los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. En razón de ello, los bienes fideicomitados quedan exentos de la acción de los acreedores del fiduciario y también del fiduciante, salvo fraude (art. 15).<sup>(17)</sup>

(14) CHÉRCOLES RICARDO LEÓN, “Fideicomiso y relaciones de trabajo: su tratamiento antes y después del nuevo Código Civil y comercial”, en *Rubinzal - Culzoni Editores on-line*, 31/07/2015.

(15) LISOPRAWSKI, SILVIO V., *op. cit.*

(16) KIPER, CLAUDIO y LISOPRAWSKI, SILVIO, *Obligaciones y responsabilidad del fiduciario*, Bs. As., Depalma, 1999.

(17) CNAC. AP.EL. TRAB., Sala I, “Bertoldi Heraclio c/Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina s/despido”, 28/12/2007, 28.750/07; SI. 58565., en Lisoprawski, Silvio V., *op. cit.*

Pero, sin embargo, a pesar de esta jurisprudencia y de la separación de patrimonios, hay casos en los cuales los jueces asimilaron al fiduciario la figura del mandatario, desconociendo la tan mentada separación patrimonial. Así, se ha dictaminado:

Tanto si se considera a los actores de creación de los fideicomisos públicos como consecutivos de un fideicomiso especial, y al fiduciario —en el caso el Banco Nación, como titular dominial de los bienes fideicomitados, como si se lo caracteriza cual si fuera mero mandatario, lo relevante es que el Banco, ya en ejercicio de sus facultades propias como fiduciario, ya en ejecución de instrucciones del fideicomitente-mandante, designó como agente propio o celebró con ella, un contrato de trabajo—, a la actora, asumió la calidad de empleador, ejerció plenamente sus atribuciones como tal, y responde, frente a ella, por obligaciones que asumió sin perjuicio de que, en aplicación del art. 8° de la ley 24.441—en el primer caso—, o de los arts. 1949 y sigte. del CC —en el segundo— estaría facultado para obtener el reembolso de los gastos en que incurrió para el cumplimiento de la encomienda. La naturaleza estrictamente inherente al múltiple objeto de la actuación como entidad financiera del Banco Nación, de la contratación de la actora, determina la aplicación a la relación que vinculó a las partes de la LCT, ya que las que se establecen entre el Banco y su personal se encuentran regidas por el CCT 18/75 art. 2° de la LCT.<sup>(18)</sup>

Hay que tener en cuenta que, para que se reconozca la efectiva vigencia de la separación patrimonial que instaura el Código Civil y Comercial (art. 1685) la contratación laboral vinculada a fideicomisos debe ser lo más transparente posible, dado que la clara determinación del obligado favorece tanto al trabajador como al propio fiduciario que evitará de esta manera la posibilidad de comprometer tanto su propio patrimonio como el de los fiduciantes.

Por este motivo es de vital importancia que el fiduciario exprese de manera visible su carácter de tal, tanto en lo formal como en lo fáctico, y además es fundamental que, en los hechos, el trabajador solo preste servicios para el fideicomiso y no para el fiduciario a nivel personal, si no la separación patrimonial pierde virtualidad.

(18) CNAC. APEL. TRAB, Sala VIII, “Monaco de Varini María c/Banco de la Nación Argentina s/ despido” 30/11/2006, 10175/04., 33797, en Silvio V. Lisoprawski, *op. cit.*

En referencia a ello se sostuvo:

Si bien es cierto que el patrimonio del fiduciario no puede ser agredido por las deudas del fiduciante, por las personales del fiduciario, por las del beneficiario ni las del fideicomisario, no es menos veraz que cuando la contratación impacta, incide o refleja en las relaciones de trabajo de los empleados o ex empleados del fiduciante, es menester, como símbolo de transparencia, que se prevea cómo, a partir de qué fecha y quién se hará cargo de afrontar las obligaciones laborales, en tanto no debe olvidarse la naturaleza alimentaria de esta clase de créditos. La ausencia de esta cuestión, con arreglo a lo dispuesto por el art. 1071 del CC, podría vislumbrar la existencia de un uso irregular, abusivo e intencional de la figura contractual prescripta por la ley 24.441. Si no existe ninguna cláusula convencional estipulada en el contrato de fideicomiso, en tal sentido, ello torna inoponible al actor dicho contrato de fideicomiso.<sup>(19)</sup>

En fin, para mantener la vigencia plena de la separación patrimonial que otorga el fideicomiso, y para evitar futuras acciones que traten de atacar la misma, las partes del contrato —en especial, el fiduciario— deben dejar en claro que las contrataciones se hacen en representación del fideicomiso y en su contexto, y no a nivel personal.

## 9 | La acción de fraude

El art. 1686 CCyC dispone que “los bienes fideicomitidos quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco pueden agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo las acciones por fraude y de ineficacia concursal...”.

De esta regulación se desprende que la propia ley establece como remedio, para atacar la separación patrimonial y con ello obtener la revocación del fideicomiso, a la acción de fraude.

---

(19) JNAC. TRAB. DE PRIMERA INSTANCIA N° 12, “Paradela, Vilma c/Obra Soc. para el Ministerio de Economía s/Despido”, 27/09/2007, Expte N° 14190/05, sentencia Int. 1345, en José M. Llano y Rodrigo Solá Torino, *El Tratado de Fideicomiso*, t. II, p. 678, nota 24.

Al respecto Zavala ha expresado:

... la ley establece expresamente esta acción para obtener judicialmente la revocación del fideicomiso, la cual procederá siempre que el negocio fiduciario sea previo al concurso o a la quiebra (...) Procederá también la acción de fraude y caerá la barrera del patrimonio de afectación cuando, por vía de un negocio fiduciario, un sujeto pretenda ser titular fiduciario de bienes que realmente adquiere para sí, ya que la acción pauliana podrá ejercitarse para demostrar que el fiduciario ha adquirido para si los bienes, demostrando la causa *simulandi* (...) [asimismo] el fideicomiso podrá ser declarado inoponible a la masa si conforme lo establece la ley concursal, fue otorgado en el período de sospecha y quien celebró el acto con el fiduciante fallido, tenía conocimiento de su estado de cesación de pagos.<sup>(20)</sup>

Por tal motivo, el trabajador que intente esta acción con el fin de atacar los patrimonios de los verdaderos responsables tiene que cumplir con todos los presupuestos requeridos para el ejercicio de dicha acción, entre los cuales se encuentran la prueba de que su crédito es de fecha anterior a la celebración del contrato de fideicomiso; la acreditación de que la celebración de dicho contrato ha provocado o agravado el estado de insolvencia del empleador y de que, si el contrato fue celebrado a título oneroso, existió una intención del fiduciante y del fiduciario para defraudar a los acreedores.

Para cierta parte de la doctrina esta intención de fraude por parte del fiduciante se presumiría en los casos en los cuales hubiera quedado en estado de insolvencia como consecuencia de la celebración del contrato, pero si ello no sucede, en los hechos se vuelve sumamente dificultoso para el trabajador la prueba de la intención de defraudar.

En el Código anterior se establecía que, para el ejercicio de esta acción se debía ser acreedor quirografario, calidad que no poseen los trabajadores, pero ello quedó fuera de discusión con la reforma, dado que actualmente el art. 338 determina que "todo acreedor" podrá iniciar esta acción.

.....

(20) RIVERA, JULIO CESAR y MEDINA, GRACIELA, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, op. cit., pp. 945 y 946.

En cuanto a la prescripción de la acción el Código veleziano, este establecía que la acción pauliana prescribía al año "contado desde el día en que el acto tuvo lugar, o desde que los acreedores tuvieron noticia del hecho" (art. 4033 CC) y que la acción del trabajador para reclamar el pago de sus acreencias laborales prescribe a los dos años. Actualmente, en cambio, el período de prescripción es de dos años (art. 2562, inc. f CCyC), por lo que dicha diferencia hoy fue subsanada.

Pero también me encuentro en la obligación de poner de resalto que el trabajador tiene una serie de inconvenientes al ejercer esta acción y una de ellas es la competencia.

Sostiene, en tal sentido, Silvio Lisoprawski:

En cuanto a la competencia para entender en las acciones de ineficacia de una enajenación fiduciaria, se sostiene, por principio, que la materia es ajena al diseño competencial de la Justicia Nacional del Trabajo, constituido básicamente por los arts. 20 y 21, ley 18.345. La Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, ha dictaminado, con criterio que la Sala IV hizo suyo, que: 'La pretensión por parte del ex letrado de la demandada obra social para el Personal del Ministerio de Economía, en el sentido de declarar fraudulento el vínculo de fideicomiso celebrado entre este y Fideglob SA es ajeno a esta Justicia Nacional del Trabajo porque no encuadra en las disposiciones del art. 20, ley 18.345, y se trata de una acción de nulidad destinada a invalidar un acto jurídico para tornarlo inoponible, que debe tramitar por los carriles preestablecidos y que no requiere, para ser elucidada, el análisis de disposiciones legales o reglamentarias de nuestra disciplina, ya que concierne a facetas generales'.<sup>(21)</sup>

Ahora bien, si con el ejercicio de esta acción el trabajador logra demostrar el fraude los bienes fideicomitados, con sus frutos, deberán ser restituidos al patrimonio del fiduciante y, a partir de allí, recién el dependiente podrá agredirlos a los fines de obtener el pago de sus acreencias laborales y, en caso de que se acredite el fraude y sean el fiduciante o el fiduciario

.....

(21) LISOPRAWSKI, SILVIO V., *op. cit.*

una sociedad comercial, corresponderá la extensión de la responsabilidad solidaria a los socios, administradores o controlantes del fiduciante o del fiduciario (arts. 54, párr. 3; 59; y 274 de la ley 19.550).

## 10 | El contrato de fideicomiso a la luz del derecho del trabajo

Luego de todo el análisis efectuado, y a pesar de que el CCyC solo contenga la acción de fraude como medio para atacar el fideicomiso, algún sector de la doctrina se ha expresado sosteniendo que puede extenderse la responsabilidad al fiduciante o al fiduciario en forma personal, sin que para ello resulte necesario para el trabajador el ejercicio de la acción de fraude.

No hay dudas de que el derecho civil resulta aplicable a las relaciones laborales, pero su aplicación debe ser siempre subsidiaria, y en la medida en que no entre en conflicto con las normas o principios del derecho del trabajo, porque en estos casos deberá primar el derecho laboral.

La razón de ser de esta primacía se encuentra en el hecho de que el derecho laboral, a los fines de tutelar la hiposuficiencia en la que se encuentra el trabajador, estableció un orden público mínimo e inderogable, que no puede ser modificado por las partes de una relación laboral y, mucho menos, por la voluntad de las partes del contrato de fideicomiso, el cual es ajeno al trabajador.

### 10.1 | Artículo 29 LCT

El art. 29 LCT sanciona la interposición o mediación fraudulenta de personas con la extensión de la responsabilidad en forma solidaria a las partes.

Afirma Lisoprawski:

Coincido con Vázquez, en cuanto a que si por conducto de un fideicomiso se pretendiese soslayar el plexo normativo laboral, el negocio sería inoponible al trabajador, quien podrá comportarse y exigir el reconocimiento de sus derechos como si este no existiese. Por ejemplo, si se emplease la figura de un fiduciario, al solo efecto de contratar trabajadores con vista a proporcio-

narlos a una empresa (ya fiduciante, ya beneficiaria, ya tercera ajena a la estructura negocial). El trabajador será considerado empleado directo de quien utilice la prestación y tanto el fiduciario —hombre de paja— como el receptor de las tareas, serán solidariamente responsables en los términos del art. 29, ley 20.744, con la advertencia de que el fiduciario no responderá solamente con el patrimonio fideicomitado, sino también con el suyo propio, como autor de un obrar ilícito.<sup>(22)</sup>

En los hechos, el contrato de fideicomiso no puede ser utilizado para enmascarar la verdadera naturaleza de la relación existente entre empleador y trabajador, pero sí para ocultar al verdadero empleador de la relación laboral.

Este ocultamiento del verdadero empleador se da cuando la interposición refiere a la colocación de una persona (física o jurídica) entre el trabajador y el empleador, con el fin de ocultar a este último y hacer aparecer a la persona interpuesta como único empleador.

Si el contrato de fideicomiso queda enmarcado en este supuesto, el verdadero empleador (fiduciante), a través de la celebración de este contrato, interpone como principal al fiduciario (en su carácter de administrador del fideicomiso y de lo que en derecho laboral llamamos “hombre de paja”), ocultando así su calidad y limitando su responsabilidad al patrimonio fideicomitado.

Si el juez laboral se encuentra ante esta situación, y estos hechos son probados en el marco de un proceso laboral, el contrato debe ser declarado nulo y, en consecuencia, fiduciante y fiduciario deben ser condenados solidariamente como responsables ante el trabajador.

## 10.2 | Artículos 225 al 228 LCT

La transferencia de establecimiento, regulada por los arts. 225 al 228 LCT consiste en que, en caso de transferencia, “pasarán al adquirente todas

.....

(22) VÁZQUEZ, GABRIELA A., “El patrimonio fiduciario y su agresión por los acreedores”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, t. 2001-3 (fideicomiso), p. 120, citado por Silvio V. Lisoprawski, *op. cit.*

las obligaciones emergentes del contrato de trabajo que el transmitente tuviera con el trabajador” (art. 225 LCT), resultando solidariamente responsables tanto el transmitente como el adquirente en cuanto a las obligaciones laborales existentes y a las que se originen con motivo de la transferencia (art. 228 LCT).

Las normas en cuestión comprenden las transferencias de establecimientos que se den por cualquier título (art. 225 LCT), lo que incluye el supuesto contemplado en el art. 227 LCT (arrendamiento o cesión transitoria del establecimiento) y el receptado por el art. 228 LCT (transmisión que surta efectos permanentes o transitorios).

Entonces “se encuentran comprendidos en la transferencia de establecimiento todos ‘los negocios jurídicos (gratuitos u onerosos) que produzcan la transmisión del dominio, o del uso y goce, incluso de la tenencia precaria del establecimiento, sea en forma permanente o transitoria’, lo cual obviamente incluye al contrato de fideicomiso”.<sup>(23)</sup>

Pero no todos los contratos de fideicomisos pueden ser comprendidos en estas normas. Para que la celebración de un contrato de fideicomiso implique una transferencia de establecimiento se requiere, como punto principal, que el patrimonio fideicomitado comprenda un establecimiento de la empresa o, al menos, una parte de ese establecimiento.

Asimismo, se requiere, por un lado, que el patrimonio fideicomitado incluya una unidad productiva en marcha —aunque no es necesario que exista solución de continuidad estricta—, y por el otro, que las obligaciones del fiduciante para con el trabajador existan al tiempo de la transferencia o que se originen con motivo de la misma (art. 225 LCT).

Tampoco se debe perder de vista que, si del contrato de fideicomiso surge que el fiduciante será a la vez fideicomisario, conforme el art. 227 LCT, este recuperaría el patrimonio y por tanto se estaría frente a una transferencia transitoria de establecimiento, motivo por el cual podrían resultar solidariamente responsables fiduciario y fiduciante-fideicomisario.

---

(23) CHÉRCOLES RICARDO LEÓN, “Fideicomiso y relaciones de trabajo...”, *op. cit.*



## 10.3 | Artículo 30 LCT

Al igual que sucede con los supuestos analizados anteriormente, mediante el art. 30 LCT podría comprenderse al contrato de fideicomiso. Es que dicho artículo contempla a todos los contratos dado que en su letra se lee "cualquiera sea el acto que le de origen".

En este marco podría solicitarse que, mediante la condena, se determine la responsabilidad solidaria del fiduciario en su calidad de administrador del fideicomiso, para con una empresa cuando contrate o subcontrate con esta servicios propios de su actividad.

Serán requisitos para tornar viable este tipo de reclamo que el contrato de fideicomiso tenga como objeto la realización de trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia de la empresa contratada, aunque corresponde destacar que actualmente se incluyen actividades coadyuvantes, necesarias, inherentes o inescindibles de la actividad principal.

Puede advertirse que también puede operar el art. 30 de la LCT cuando se trate de actividad tercerizada que encuadre en el objeto del fideicomiso, como podría ser la realizada por una empresa constructora en el marco de un fideicomiso inmobiliario. En tal caso, ante el incumplimiento de las obligaciones laborales, existiría responsabilidad solidaria junto con la constructora frente a los trabajadores de aquella.<sup>(24)</sup>

Las normas citadas y analizadas lo fueron al solo efecto ejemplificativo y parte de la doctrina adhiere a la posibilidad de aplicación de las mismas, pero también considero que es importante aclarar que otros doctrinarios incluso ven la posibilidad de extender la responsabilidad a las partes del contrato de fideicomiso mediante la aplicación del art. 31 LCT y hasta mediante la teoría del *disregard* (teoría del corrimiento del velo), aun cuando no existan dudas acerca de que el fideicomiso no posee personalidad jurídica. La doctrina reconoce las características especiales del

(24) CNAC. TRAB., Sala VIII, "Silva Jorge L. c/Blanquiceleste SA y otro", 18/03/2014, *Erreius online*, citado por Formaro, Juan J., *Incidencias del CCCN. Derecho del Trabajo*, 1ª. ed., 1ª reimpresión, Alberto J. Bueres (dir.), José Luis Depalma (ed.), Bs. As., Hammurabi, 2015, vol. 11, pp. 152/158.

orden público laboral en orden a la protección del trabajador (art. 14 bis CN) y el carácter alimentario del crédito laboral; por estas razones opino que, ante el supuesto de liquidación del patrimonio fiduciario por insuficiencia (art. 1687 CCyC), además del privilegio que se le reconoce al trabajador, se le debe otorgar el derecho al pronto pago.

## II | Responsabilidad por accidentes de trabajo. Una situación especial

La responsabilidad objetiva del fiduciario por los accidentes laborales o enfermedades profesionales que el trabajador pueda sufrir en el marco del contrato de fideicomiso tiene una regulación especial.

La ley 24.441 limitaba dicha responsabilidad, mediante el art. 14, al valor de la cosa fideicomitada que, por su vicio o riesgo, causara el daño, sin importar cuál fuera efectivamente el daño causado. Obsérvese que este supuesto era aplicable solo a los casos de responsabilidad objetiva (art. 1113 CC) y no para supuestos de responsabilidad subjetiva.

Con el dictado del Código Civil y Comercial dicha limitación se eliminó.

Ahora el art. 1685 establece que el fiduciario tiene la obligación de contratar un seguro por responsabilidad civil que contemple y repare los daños que puedan causar las cosas que integran el contrato de fideicomiso, dado que, ante el incumplimiento de dicha obligación, el fiduciario será responsable en forma personal.

Zavala nos dice que esta norma debe interpretarse de la siguiente manera:

El fiduciario tiene frente a terceros, la responsabilidad común a toda persona, subjetiva, y el fiduciario además, tiene responsabilidad civil objetiva como dueño de la cosa fideicomitada dañosa. Esta responsabilidad se elude si contrata un seguro de responsabilidad civil para responder por eventuales daños que puedan provocar las cosas que integran el activo del fideicomiso, y la cobertura es razonable.<sup>(25)</sup>

---

(25) RIVERA, JULIO CESAR y MEDINA, GRACIELA, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, op. cit., p. 943.

## 12 | Conclusión

La Dra. Ferreirós, en uno de los tantos artículos en los que analiza este contrato, reconoce la importancia del fideicomiso como medio útil para canalizar inversiones productivas, afirmando:

... no solo en el ámbito del derecho del trabajo, se debe considerar bienvenido cualquier tipo de figura que aliente estas inversiones; así lo debemos ver desde el punto de vista de la economía y de la seguridad y justicia social propendiendo, a través de éstas y otras nuevas y promisorias figuras jurídicas, a obtener mejores resultados, ya que así, se puede llegar a un mayor y mejor desarrollo y a una mayor existencia de puestos de trabajo (...) [pero, asimismo, aclara] tan auspicioso advenimiento, no puede significar el pago de un precio consistente de dejar insolventes a los deudores en el momento de pagar los créditos de los trabajadores.<sup>(26)</sup>

El contrato de fideicomiso es uno de los más utilizados en la actualidad para fomentar la inversión de terceros y ello se debe a la limitación de responsabilidad, la falta de publicidad, previsibilidad y falta de control que este contrato tenía. Pero el Código Civil y Comercial cambió alguno de estos aspectos.

El requisito de registración, la eliminación de la limitación de la responsabilidad al monto de la cosa que causa el daño y la imputación de responsabilidad personal cuando el fiduciario exceda el marco del fideicomiso son normas que reflejan algunos de estos cambios.

Asimismo, los supuestos que previamente analizamos, por los cuales el trabajador puede solicitar la condena solidaria de las partes del contrato de fideicomiso son herramientas útiles para lograr el efectivo cobro de su crédito laboral.

No soslayo la dificultad que implica armonizar el contrato de fideicomiso con la normativa laboral y ello se debe a la naturaleza disímil que tienen

---

(26) FERREIRÓS, ESTELA MILAGROS, "El contrato de fideicomiso y las dificultades del trabajador para el cobro de créditos laborales", en *AbeledoPerrot on-line*, 2009, cita N° 0003/402253.

ambos, dado que el fideicomiso es, en esencia, mercantilismo y el trabajo no puede ser considerado como mercancía bajo ningún tipo de vista, pero es tarea de los operadores jurídicos no demonizar esta figura y lograr la mayor complementariedad entre ambos.

---

# Suspensión del cumplimiento de la prestación contractual en el Código Civil y Comercial

## Su importancia en el derecho del trabajo

por **JUAN J. FORMARO**<sup>(1)</sup>

### I | Introito

Cuando el contrato obliga a efectuar prestaciones a ambas partes, como consecuencia de su interdependencia, la regla es que el cumplimiento debe ser simultáneo. Por ende, el derecho legitima la actuación de quien avizora el principio de desequilibrio de la relación jurídica dada la conducta antifuncional del otro que intenta romper el citado nexo de interdependencia de las contraprestaciones, facultándolo a utilizar una herramienta de ajuste para forzar la correcta actuación que permita retomar la marcha normal del desenvolvimiento contractual.<sup>(2)</sup>

Se trata de la denominada “excepción de incumplimiento”, que opera en los contratos bilaterales —o sinalagmáticos—, que son aquellos en los

(1) Abogado, UBA. Profesor de posgrado UNLP y UBA. Secretario del departamento de Derecho del Trabajo del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

(2) TARANTO, HUGO O., *Contratos. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, Félix A. Trigo Represas - Rubén Stiglitz (dirs.), Bs. As., La Rocca, 1989, p. 259.

que las partes se obligan recíprocamente. Y que encuentra fundamento en la reciprocidad, la buena fe y la equidad.

El Código Civil establecía el principio en su art. 1201, según el cual una de las partes podía abstenerse legítimamente de cumplir si la otra no cumplía simultáneamente su prestación u ofrecía cumplirla, salvo que dicha prestación fuera a plazo. Esta norma debía correlacionarse, en el citado cuerpo legal, con el art. 510, que era una aplicación del mismo principio con relación a la mora, ya que establecía que en las obligaciones recíprocas uno de los obligados no incurría en mora si el otro no cumplía o se allanaba a cumplir la obligación de su parte.<sup>(3)</sup>

Puede tratarse de un incumplimiento total (*exceptio non adimpleti contractus*) o parcial (*exceptio non rite adimpleti contractus*). Es decir, que la *exceptio* procede aún en caso de cumplimiento deficiente. Sin perjuicio de ello, coincide la doctrina civil que el incumplimiento debe ser grave, es decir, no intrascendente.

Con base en la literalidad del art. 1201 CC ("no podrá demandar su cumplimiento"), podía juzgarse que se trataba de un requisito de la acción. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias consideraron que el artículo citado regulaba una verdadera excepción sustancial dilatoria, y que también habilitaba la autodefensa privada, que permitía proveer la defensa de los propios derechos mediante un comportamiento negativo consistente en resistirse a cumplir.<sup>(4)</sup>

El Código Civil y Comercial recoge el instituto en sus arts. 1031 y 1032. En el primer artículo reconoce que la suspensión puede ser deducida judicialmente como "acción o excepción". En el segundo, amplía la tutela legal (ya admitida doctrinariamente sobre la base del texto normativo anterior) para abarcar la amenaza de daño (ante el menoscabo en la aptitud para cumplir o en la solvencia de la contraparte). Esta última previsión, en línea con la función preventiva consagrada por el art. 1710 CCyC.

---

(3) LAVALLE COBO, JORGE, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 5, Augusto C. Belluscio (dir.), Eduardo A. Zannoni (coord.), Bs. As., Astrea, 2002, p. 948.

(4) HERNÁNDEZ, CARLOS A.; TRIMONNO, JULIETA, "Suspensión del contrato en el Proyecto de Código", en *LL*, 2012-E-1067.

Continúan vigentes, aunque no se incorporen expresamente en el texto legal, las cuestiones desarrolladas en torno a la suspensión por la doctrina y la jurisprudencia (gravedad del incumplimiento, posibilidad de acudir al instituto ante un incumplimiento no solo total sino también parcial o defectuoso, ejercicio de hecho,<sup>(5)</sup> etc.). Del mismo modo que se extiende la regla a todas las obligaciones recíprocas (surjan o no de un contrato), aun cuando no se incluya una norma similar a la contenida en el art. 510 CC. Ello pues todo lo expuesto se extrae ahora de lo establecido como pautas generales en torno a la buena fe y el abuso de derecho (arts. 9° y 10 CCyC).<sup>(6)</sup>

## 2 | Importancia y aplicación en materia laboral

El derecho común, como hemos visto, reconoce una facultad que— aplicable a los contratos bilaterales con prestaciones de cumplimiento simultáneo— puede ser invocada en el marco del contrato de trabajo.

Se trata de una herramienta valiosa, pues constituye un medio compulsivo de justicia ágil, por mano propia, que el ordenamiento jurídico concede ante la conducta desleal de quienes pretenden obtener el cumplimiento sin cumplir, conectado incluso con la función social del contrato —destinado a satisfacer fines individuales y a la vez comunitarios—. <sup>(7)</sup>

Por ello resulta un instrumento central para el contrato de trabajo —bilateral o sinalagmático— y que además se compadece plenamente con los principios de equidad y buena fe (arts. 11 y 63 LCT), como así con el principio de continuidad —propio de la disciplina (art. 10 LCT)— pues permite la subsistencia del contrato evitando la ruptura del mismo frente al incumplimiento.

.....

(5) Así debe continuar entendiéndose en el Código Civil y Comercial, ya que la excepción de incumplimiento contractual en el derecho del trabajo es ejercida de hecho por el trabajador como retención de tareas (ETALA, CARLOS A., "Aproximación a la incidencia del Código Civil y Comercial en el Derecho del Trabajo", en LL, 2014-F-711).

(6) HERNÁNDEZ, CARLOS A.; TRIVISONNO, JULIETA, "Suspensión del contrato en el Proyecto de Código", *op. cit.*

(7) TARANTO, HUGO O., *Contratos. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, *op. cit.*, p. 263.

Aun cuando el texto original de la ley 20.744 (art. 83) reconociera explícitamente al trabajador la posibilidad de rehusar su prestación si aquella le fuera requerida en condiciones violatorias de la higiene y seguridad,<sup>(8)</sup> previsión que luego fuera suprimida, se continuó sosteniendo la aplicación de la regla general del derecho común relativa a la denominada "excepción de incumplimiento", que además no se ciñe a incumplimientos relativos a la salud sino a toda la pléyade de obligaciones contractuales.

A modo de ejemplo, puede observarse que jurisprudencialmente se dijo:

La excepción de incumplimiento que establece el art. 1201 Cód. Civil resulta aplicable a todos los contratos bilaterales, cualquiera sea su naturaleza jurídica, pues se trata de una disposición cuyo alcance —como ocurre con tantas otras previsiones del Código Civil— no se restringe a los contratos civiles y forma parte de la legislación común aplicable -como principio- en todas las ramas del derecho. Tal disposición, pues, solo resultará inaplicable respecto de aquellas relaciones o regímenes que contengan una norma específica al respecto (o que excluyan su aplicación explícitamente) o bien cuando su aplicación no resulte compatible con la naturaleza y modalidades de los contratos de que se trate, circunstancias estas que no se presentan en las relaciones individuales del trabajo regidas por la LCT.<sup>(9)</sup>

Del mismo modo se concluyó: "No puede considerarse injuriosa la actitud del trabajador, quien en medio de un intercambio telegráfico en el cual estaba involucrado, entre otras cosas, el pago de la remuneración del último

.....

(8) El art. 83 de la ley 20.744 decía: "El empleador debe hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en esta ley y demás normas reglamentarias, y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo evitar los efectos perniciosos de las tareas penosas, riesgosas o determinantes de vejez o agotamiento prematuro, así como también los derivados de ambientes insalubres o ruidosos.

Está obligado a observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo. El trabajador podrá rehusar la prestación de trabajo, sin que ello le ocasione pérdida o disminución de la remuneración, si el mismo le fuera exigido en transgresión a tales condiciones, siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación, mediante constitución en mora, o si habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca".

(9) CNAC. APEL. TRAB., Sala III, "Ochoa, Edith N. y otro c/ Thelen Heike", 10/05/2005, en LD-Textos, mayo de 2009.



mes, no responde a una intimación a retomar tareas, pues, aún en el mejor de los supuestos para el empleador, se trataría de un caso de excepción de incumplimiento contractual, de aquellos que la jurisprudencia y la doctrina admiten en base a los arts. 510 y 1204 del Cód. Civil".<sup>(10)</sup>

Cuando la denominada "excepción de incumplimiento" es articulada por el trabajador, se la ha designado como "suspensión indirecta" (en forma simétrica a la correlativa institución que asiste al empleador como derivación de su potestad disciplinaria), "suspensión indirecta individual" y "retención de tareas".<sup>(11)</sup>

Enseña Etala que aquella opera, en ese caso, frente a todo género de inobservancia del empleador (no solo incumplimientos graves). Agrega al respecto que el trabajador es acreedor a un cumplimiento íntegro y puntual de todas las obligaciones que el contrato de trabajo impone al empleador. Teniendo derecho a que una inobservancia, por leve que esta sea, cese de inmediato, para lo cual debe tener a su alcance un recurso efectivo para hacerla detener sin necesidad de recurrir a los estrados judiciales. El mismo autor argumenta, contra el criterio que reserva la aplicación de esta medida solo ante los incumplimientos graves, que si la inobservancia es leve, menor dificultad tendrá el empleador en hacerla cesar rápidamente, con lo que se obtendrá de inmediato un resultado valioso, como es el reestablecimiento del equilibrio contractual en su plenitud e integralidad.<sup>(12)</sup> Obviamente, vale aclarar, la norma no puede llevar a amparar pretensiones absurdas, abusivas o reñidas con la buena fe.

A simple modo de ejemplo, el trabajador podría recurrir a la medida en estudio en las siguientes circunstancias (constitutivas de incumplimientos a claras obligaciones patronales):

- a. falta de pago de su remuneración (art. 74 LCT);
- b. ausencia o deficiencia en la registración (art. 52 LCT, en concordancia con la ley 24.013);

(10) CNAC. APEL. TRAB., Sala IV, "Mottosa, Héctor c/ Molba S.A.", 30/07/1991, en LD-Textos, mayo de 2009.

(11) ETALA, CARLOS A., "La suspensión indirecta individual, retención de tareas o excepción de incumplimiento contractual en el Derecho del Trabajo", en *Revista de Derecho Laboral*, n° 2003-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 311.

(12) ETALA, CARLOS A., "La excepción de incumplimiento contractual en el derecho del trabajo", *Doctrina Laboral Errepar*, t. VI, p. 201.

- c. existencia de deudas por aportes y contribuciones (art. 80 LCT);
- d. modificación arbitraria de las condiciones contractuales (art. 66 LCT);
- e. incumplimiento en el reintegro de gastos y resarcimiento de daños (art. 76 LCT);
- f. incumplimiento del deber de diligencia que imposibilite el goce íntegro y oportuno de los beneficios acordados al trabajador (art. 79 LCT);
- g. incumplimiento a las normas de higiene y seguridad (art. 75 LCT), como así cualquier otra situación que genere un peligro potencial de daño (art. 1710 CCyC);
- h. amenaza de daño ante el menoscabo significativo en la aptitud para cumplir o en la solvencia del empleador (art. 1032 CCyC);
- i. incumplimiento de su derecho a ser informado;<sup>(13)</sup> entre otros múltiples supuestos.

Es importante destacar que, conforme se apuntara al inicio de este trabajo, el Código Civil y Comercial flexibiliza el funcionamiento de la *exceptio* (sin ceñirla al incumplimiento ya operado) y con ello se arriba a una protección adecuada del contratante que teme razonablemente el incumplimiento de la prestación de su cocontratante aunque dicha prestación no sea todavía exigible (art. 1032 CCyC). Es preciso aclarar que, al aludirse al “menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia”, se prescinde de la exigencia de declaración de insolvencia de *iure*. Es decir, solo es exigible un menoscabo (si bien significativo) de la solvencia, razón por la cual ello no puede ser sinónimo de insolvencia de derecho.<sup>(14)</sup>

## 3 | Derecho a continuar percibiendo salarios

Una cuestión debatida en la operatoria concreta del instituto en el seno de la relaciones de trabajo ha sido la atinente al derecho a percibir los salarios devengados durante el período de la retención justificada. Una corriente ha considerado que no cabría reconocer derecho al pago pues, se argumenta, sería el propio trabajador quien condiciona la prestación.

.....

(13) VALLESPINOS, CARLOS G.; OSSOLA, FEDERICO A., *La obligación de informar en los contratos*, Bs. As., Hammurabi, 2010, p. 314.

(14) Tal como enseña la doctrina sobre el texto del art. 1058 del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio redactado por la Comisión designada por decreto 685/1995, que portara similares términos (LAGO, DANIEL H., “La suspensión del cumplimiento contractual ante el peligro de incumplimiento de la contraparte en el proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio”, Sup. Act., La Ley, 13/03/2003, p. 2).

Por otra parte se ha dicho que el dependiente mantiene sus derechos remuneratorios, pues claramente ejercita una herramienta legal ante el previo incumplimiento patronal. En una postura intermedia se ha propuesto diferenciar de acuerdo a las causas de la suspensión: si aquella obedece al incumplimiento de normas relativas a la higiene y seguridad, no podría hablarse en rigor de acto voluntario del trabajador al retener sus tareas, puesto que se vería compelido a ello; si la obligación incumplida por el empleador es el pago de salarios, esta doctrina propone analizar el caso concreto, a fin de determinar si el acto constituyó un acto voluntario de acuerdo a la condición social.<sup>(15)</sup>

Por nuestra parte consideramos acertada la segunda de las posiciones, pues el trabajador conserva el derecho remuneratorio cuando legítimamente retiene sus tareas, ya que en tales casos está obrando compelido por el empleador que previamente ha incumplido. No corresponde discriminar entre incumplimientos relacionados con la salud del trabajador y cualquier otro posible, como así tampoco según la condición social. El derecho a la remuneración tiene naturaleza alimentaria y ello es independiente del nivel salarial, pues todo dependiente merece amparo ante la falta de pago.

La cuestión se encuentra regida por el art. 103 LCT (parte final). El empleador debe al trabajador la remuneración aunque este no preste servicios, por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición de aquél. Por ende no existe impedimento legal para viabilizar salarios por el lapso durante el cual el trabajador haya de retener su prestación en ejercicio de un derecho legítimo (art. 1031 CCyC), pues no sería lógico que el trabajador ejerza un derecho para asegurar el cumplimiento de otra prestación que le fuera debida, a riesgo de perder nuevamente otra (la remuneración) que es substancial y vital.<sup>(16)</sup> El instrumento, de lo contrario, carecería de sentido práctico.

Tal como razona Justo López, si se admite que la suspensión que puede decidir el empleador solo lo libera del deber de pagar la remuneración

(15) Esta postura intermedia es la que sostuvo ETALA, CARLOS A., "La excepción de incumplimiento contractual en el derecho del trabajo", *op. cit.*, p. 201.

(16) CNAC. APPEL. TRAB., Sala VII, "Breso, Roberto c/ Gotelli Hnos.", 16/02/1996, LD-Textos, mayo de 2009.

cuando tiene “justa causa”, ese deber subsistiría en el caso de la suspensión indirecta (potestad específica de autotutela a favor del trabajador) pues su incumplimiento no puede ser tal justa causa.<sup>(17)</sup>

Más aún, cuando se trata de deudas salariales, el dependiente habrá adelantado el trabajo a su empleador, que debe abonarlo una vez cumplido aquel. Cabe entonces recordar que la *exceptio* tiene una lógica prelación temporal, beneficiando al que en el primer tropiezo del contrato no había retardado su cumplimiento. En tales casos (cuando ya ha vencido el plazo para el cumplimiento de la prestación) no basta con ofrecer cumplir, sino que debe procederse al depósito del total adeudado.<sup>(18)</sup>

El trabajador no ingresará en mora, pues ya habrá incurrido en ella el empleador.<sup>(19)</sup> La fuerza de trabajo, ante la opción de retener tareas y no romper el vínculo, seguirá a disposición del empleador,<sup>(20)</sup> que no gozará efectivamente de aquellas por su propio incumplimiento. De lo contrario, además, la interpretación que niega salarios induciría a romper el vínculo y no a conservarlo, amparando asimismo la mala fe. Violaría, en consecuencia, los principios de la propia legislación especial (arts. 10, 11, 63 LCT y cctes.). Por otra parte, si la *exceptio* opera en los contratos vigentes para compeler a su cumplimiento, mal podría castigarse su uso para relevar del deber de pago de salarios (pues entonces aliviaría injustificadamente la situación del deudor, incitándolo a continuar incumpliendo). El empleador tiene a su cargo la obligación legal de garantizar ocupación (art. 78 LCT) y si esta última no se hace efectiva por su culpa, debe cargar con las consecuencias de sus propios actos previos. Véase que, si no pudiera reclamarse a título directo de salarios, se trataría de lucro cesante indemnizable desde la esfera del derecho de daños.

(17) LÓPEZ, JUSTO, *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. II, Mario L. Deveali (dir.), Bs. As., La Ley, 1964, p. 381.

(18) LAVALLE COBO, JORGE, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, op. cit., pp. 953 y 954.

(19) Por ende tampoco podría el empleador pretender intimarlo bajo amenaza de considerar abandono de trabajo (art. 244 LCT) pues existiría mora suya previa, sin perjuicio de que tampoco se aplicaría la figura, ya que no podría alegarse ánimo abdicativo de quien justamente se encuentra reclamando derechos —con razón o sin ella—.

(20) Pues el trabajador, si no rompe el contrato, sigue atado a él y, en ese lapso, no puede reemplazar la capacidad de ganancia perdida.

## 4 | Conclusión

En conclusión, el Código Civil y Comercial, en mecánica que era ya reconocida en materia laboral por vía de los arts. 510 y 1201 CC, en conexión con el principio de buena fe (art. 63 LCT), permite al dependiente abstenerse de prestar tareas cuando el empleador no cumple las obligaciones a su cargo, sin merma salarial.

Cabe aclarar que, la posibilidad de retener tareas (abstención) no implica negar el derecho de accionar por el cumplimiento de lo adeudado o recurrir al resto de las medidas que prevé la legislación,<sup>(21)</sup> como así considerar disuelto el contrato en caso que la inobservancia no consintiera la prosecución de la relación (art. 242 LCT).

Debe señalarse, por último, que el instituto opera ante la existencia de un contrato vigente y no extinguido, pues justamente con aquel se persigue el cumplimiento.

---

(21) A modo de ejemplo, siendo que ante un accionar ilegítimo en materia de *ius variandi* la ley especial (art. 66 LCT —texto según ley 26.088—) permite solicitar la revisión de la medida y, en caso negativo, proceder al despido indirecto, como así reclamar judicialmente por la vía sumarísima el restablecimiento de las condiciones alteradas, ello no obsta a la solución general que permite ejercer la excepción de incumplimiento contractual.



# Integración de los ordenamientos jurídicos civil y laboral

## Los derechos de incidencia colectiva. Su proyección en el derecho del trabajo

por **HEBE GARCÍA BORRÁS**<sup>(1)</sup>

### I | Palabras preliminares

La sanción de la ley 26.994 que aprobó el Código Civil y Comercial nos invita a analizar nuevamente las complejas relaciones de este cuerpo normativo y el derecho del trabajo, no solamente desde el estricto campo de la investigación jurídica, sino también como método práctico para dirimir las controversias laborales evaluando eventualmente la aplicación de la normativa civil. Por ejemplo, el artículo 14 del nuevo código reconoce no solo los derechos individuales sino también los derechos de incidencia colectiva. En esta inteligencia, la proyección de este tipo de acciones en el derecho del trabajo puede ser diversa y de gran utilidad en la resolución de conflictos —en especial— relativos al derecho colectivo.

.....

(1) Jueza de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral, Distrito Judicial N° 12, de San Lorenzo.

## 2 | El derecho laboral y su autonomía

Eugenio Pérez Botija<sup>(2)</sup> señala que el derecho del trabajo es un derecho especial, de carácter mixto, con principios propios, con peculiares procedimientos de creación, aplicación, interpretación y fiscalización. Agrega que goza de una especie de tutela política, instrumentada de modo diverso en los diferentes estados. Su autonomía jurídica no excluye como supletoria la aplicación de los otros derechos.

Cabe aclarar —como premisa— que, en la actualidad, las ciencias jurídicas han aceptado la vigencia del principio de unidad del derecho. En consecuencia, si hablamos de autonomía de una determinada rama jurídica, debemos advertir que la misma es relativa, atento la estrecha relación entre las distintas ramas del derecho.

Amén de lo previamente expuesto, Carlos Alberto Livellara<sup>(3)</sup> enuncia que el derecho del trabajo presenta autonomía científica (el trabajo humano y sus consecuencias jurídicas demarcan su ámbito; contiene una doctrina homogénea con principios e instituciones propias y posee fuentes materiales y formales particulares). También posee autonomía legislativa (con legislación específica).

Agreguemos que las referidas autonomías tienen raigambre constitucional, en cuanto el art. 14 bis CN fija pautas para la legislación y se prevé la sanción de un Código de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (art. 75, inc. 22 CN, antes art. 67, inc. 11). A ello hay que agregar que la Reforma Constitucional de 1994 incorporó al art. 75, inc. 22 los principales tratados internacionales de derechos humanos, que consagran garantías relativas a la dignidad del trabajador.

Resulta importante destacar que, a través del tiempo, el derecho civil y el laboral se han influenciado recíprocamente, debido a que las ciencias jurídicas contemporáneas se han visto condicionadas por los principios

(2) FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS (dir.), La autonomía del derecho del trabajo, en *Derecho del trabajo. Doctrinas esenciales*, t. I, Colección Revista Jurídica Argentina La Ley, Bs. As., La Ley, 2010, p. 377 y ss.

(3) FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS (dir.), "Incidencia del derecho civil en el derecho del trabajo", en *Derecho del trabajo. Doctrinas esenciales*, op. cit., p. 441 y ss.



de justicia y solidaridad social, que según las palabras de García Martínez “tienden a suavizar las condiciones de la lucha por el derecho, entre los económicamente débiles y los poderosos”.<sup>(4)</sup>

Justo López<sup>(5)</sup> sostiene que se ha producido una atenuación de los rigores del derecho común en consideración al interés social y se puede afirmar que el derecho civil ha dejado de tener una concepción netamente patrimonial e individualista, para dar paso a una con más acento social. Consecuentemente, hay un menor grado de incompatibilidad entre las normas del derecho del trabajo y de las del Código Civil.

Por último, Ricardo Lorenzetti<sup>(6)</sup> destaca que el Código Civil y Comercial incorpora el **paradigma protectorio** “que tutela a los débiles y su fundamento constitucional es la igualdad”. Afirma que los códigos del s. XIX regularon los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta. Muy por el contrario, el actual supera dicho concepto y considera a la persona concretamente. Por ejemplo, el paciente (art. 59 CCyC), el consumidor (art. 1092 CCyC), los pródigos (art. 98 CCyC), el integrante de las comunidades indígenas (art. 18 CCyC).

### 3 | Integración de los ordenamientos jurídicos

El derecho civil —al estar integrado por normas, principios e instituciones generales— es supletorio de los derechos especiales en los supuestos en que estos no regulen determinada cuestión. En tales casos, se lo aplica para completar el derecho especial.<sup>(7)</sup>

(4) GARCÍA MARTÍNEZ, ROBERTO, “Relaciones e influencias entre el derecho civil y el derecho del trabajo”, en *LT*, XXX-A-485, en Jorge Rodríguez Mancini, *Código Civil y Comercial y su proyección en el derecho del trabajo*, Bs. As., La Ley, 2015, p. 40.

(5) LÓPEZ, JUSTO, “Incidencia del derecho civil en el derecho del trabajo”, en *LT*, XXX-A-195, en *Derecho del trabajo. Doctrinas esenciales*, t. I, Colección Revista Jurídica Argentina La Ley, Revista Derecho del Trabajo, Juan Carlos Fernández Madrid (dir.), Bs. As., La Ley, 2010, p. 444 y ss.

(6) LORENZETTI, RICARDO, *Palabras preliminares en Código Civil y Comercial de la Nación*, Errepar, 2014, p. 4, en Jorge Rodríguez Mancini, *op. cit.*, p. 40.

(7) RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE. *op. cit.*, p. 22.

En cuanto a las técnicas a emplear para la integración y complementación entre ambos ordenamientos jurídicos, conforme lo señala De la Fuente, se realiza a través de dos procedimientos diferentes: por un lado, la aplicación supletoria, en cuyo caso el derecho supletorio pasa a cubrir la carencia normativa de un modo directo, sin sufrir modificaciones, de tal modo que el juez no elabora la norma, sino que la aplica tal como es. Y, por otro lado, existe la aplicación analógica, que supone:

La previa comprobación por parte del juzgador, de la similitud que existe entre el caso previsto por el derecho supletorio y el no previsto por el derecho especial (analogía). A partir de allí, una vez constatada la semejanza, el juzgador puede trasladar la norma general —tal como es— o bien puede elaborar una nueva norma para regir el caso, si es que resulta necesario adaptar aquella a las necesidades y principios del derecho especial.<sup>(8)</sup>

El autor<sup>(9)</sup> sostiene que la aplicación analógica del derecho civil encuentra su fundamento en lo dispuesto por el art. 16 CC, el cual autorizaba al juzgador a acudir en primer lugar —en caso de lagunas— a los principios de leyes análogas y si aún la cuestión fuese dudosa a los principios generales del derecho.

En la misma inteligencia debemos enunciar el art. 11 de la Ley de Contrato del Trabajo (LCT) ya que ambas normas (art. 16 CC y art. 11 LCT) guardan una íntima relación entre sí en cuanto a que autorizan al juez a desplegar una labor integradora del derecho en relación al caso concreto.

Jorge Rodríguez Mancini<sup>(10)</sup> sostiene que, si bien la aplicación supletoria o directa del derecho civil en el ámbito del derecho del trabajo se da cuando existe carencia de normas laborales —a partir del precedente Aquino—,<sup>(11)</sup>

(8) DE LA FUENTE, HORACIO, "Posibilidad de modificar el Derecho Civil para adaptarlo a los derechos especiales", en *DT* 1995-2, en Jorge Rodríguez Mancini, *Código Civil y Comercial*, *op. cit.*, p. 43.

(9) DE LA FUENTE, HORACIO, *op. cit.*, p. 22.

(10) RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *op. cit.*, p. 44.

(11) CSJN, "Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales", 21/09/2004.

ante el supuesto de confrontación de una norma del trabajo y garantías constitucionales reglamentadas por normas civiles que resulten más favorables al trabajador, procede la inconstitucionalidad de la norma laboral y el vacío legal que se presenta en tal caso, se suple con la aplicación de la regulación civil.

Para Justo López la incompatibilidad entre el derecho civil y el laboral puede ser expresa cuando exista una norma laboral opuesta, especialmente si es más favorable para el trabajador; o puede ser implícita cuando se da respecto de alguno de los principios generales especiales del derecho laboral.<sup>(12)</sup>

Asimismo, Mario Ackerman<sup>(13)</sup> señala que en ocasiones es la misma LCT la que reenvía al derecho común, por ejemplo en los arts. 24 y 95, en los que dispone pagar las indemnizaciones que correspondan según el Código Civil y también en el caso de la prescripción a la que remite el art. 257 LCT.

Ahora bien, debemos advertir que el actual Código Civil y Comercial ha desplazado la institución de la laguna legal y ha optado por indicar cómo debe proceder el juez en la interpretación de las normas, conforme los arts. 1° y 2°:

Artículo 1°.- Fuentes y aplicación. 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. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

Artículo 2°.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus 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.

(12) LÓPEZ, JUSTO, *op. cit.*, p. 447 y ss.

(13) ACKERMAN, MARIO (dir.); TOSCA, DIEGO M. (coord.), *Tratado de derecho del trabajo*, t. I, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, p. 97.

Así, resulta evidente que se ha optado por la vía de dar al juez un abanico de fuentes que debe articular para obtener la resolución del caso. Por último, retornando a la Ley de Contrato de Trabajo, cabe hacer una salvedad en relación a la analogía y las convenciones colectivas de trabajo.<sup>(14)</sup> Así, el art. 16 de la ley 20.744 establece “las convenciones colectivas de trabajo no son susceptibles de aplicación extensiva o analógica, pero podrán ser tenidas en consideración para la resolución de casos concretos según la profesionalidad del trabajador”. En consecuencia, y dado el carácter del convenio colectivo de trabajo que, según la clásica expresión de Carnelutti, tiene “cuerpo de contrato y alma de ley” el mismo es concertado por partes (con capacidad de representación colectiva) que negocian determinadas cláusulas y tienen un efecto *erga omnes*, es decir, alcanzan a otros, puntualmente los representados por el sujeto negociador de la convención colectiva.

En función de este principio, no corresponde la aplicación del criterio de analogía (referido por la ley 20744 en el art. 11) respecto de otros sujetos que no participaron en la concertación del negocio jurídico. A diferencia de lo que ocurre con la norma estatal, no se admite que —a fin de cubrir ciertas lagunas— se recurra a otro convenio, por lo que su contenido no puede aplicarse más allá del ámbito de representación de las partes que han intervenido en el acuerdo. Todo esto para asegurar ante determinadas situaciones, la igualdad ante la ley.

Similar solución se aplica en el derecho comparado. Así Alfredo Montoya Melgar<sup>(15)</sup> explica que el rechazo de la analogía como método de interpretación del convenio colectivo está bastante generalizado —y es lógico que así sea— ya que cada convenio posee sus ámbitos específicos, lo que hace difícil el recurso de la aplicación analógica. Solo entre convenios de ámbitos muy similares cabría por excepción aplicar la técnica hermenéutica de la analogía.

Es decir, en definitiva, se trata de la prohibición de aplicar un convenio más allá de los confines del ámbito personal para el que fue estipulado,

(14) GARCÍA BORRÁS, HEBE A., “Las asociaciones sindicales de trabajadores, legitimación y los intereses colectivos”, Rubinzal-Culzoni Editores online, RC D 484/2015.

(15) MONTOYA MELGAR, ALFREDO, “La interpretación del convenio colectivo. Apuntes de derecho comparado”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 68, [en línea] <http://www.empleo.gob.es>, citado por Hebe Alicia García Borrás, *ibid*.

ya sea —conforme lo agrega Justo López—<sup>(16)</sup> para aplicarlo a sectores de trabajadores carentes de convención colectiva que los ampare, o para completar (o integrar) las normas de otro convenio.

A mayor fundamentación, Vázquez Vialard<sup>(17)</sup> enseñó que el art. 16 de la ley 20.744 agrupa dos conceptos que no son similares: aplicación extensiva y analogía. El primero tiende a aclarar el sentido y el alcance de la expresión que utiliza la norma. En la analogía, en cambio, el intérprete compara dos supuestos del mismo ordenamiento, uno previsto por la ley y el otro que no lo ha sido, a fin de llegar a la conclusión de si es lógico y justo —ante una laguna legal— integrar el ordenamiento en base a aplicar a un caso lo que solo está previsto para el otro.

Justo López<sup>(18)</sup> consideró —en relación al art. 16 LCT— que el principio e inspiración de la norma no aparece adecuadamente expresado por la letra, sino que dice menos de lo que estaba destinado a significar. En consecuencia, hay que ampliar la norma y esto es lo que se llama interpretación extensiva. La referida interpretación no colma propiamente ninguna laguna —a diferencia de la analogía propiamente dicha— sino que le da a la normativa la amplitud que le corresponde, cuando falló la expresión en la letra de su *ratio* o sentido normativo.

“Por ese camino de la interpretación extensiva, siempre dentro del mismo convenio, se puede salvar el vacío de regulación respecto de una categoría o de determinada tarea que no coincide con la descrita en la calificación que efectúa el convenio, con la aplicación de la cláusula que se refiere a una categoría o tarea similar”.<sup>(19)</sup> En cuanto a este supuesto podría darse

(16) LÓPEZ, JUSTO; CENTENO, NORBERTO; FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS, *Ley de contrato de trabajo comentada*, t. I, 2ª ed., Talleres Gráficos Ripari SA, Bs. As., 1987, p. 221, citado por Hebe Alicia García Borrás, *op. cit.*

(17) RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE; VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO; VIRGILI, CLAUDIO S.; POCLAVA LAFUENTE, JUAN C.; GONZÁLEZ, RICARDO (h), *Ley de contrato de trabajo comentada*, Bs. As., La Ley, diciembre de 2008, p. 128, citado por Hebe Alicia García Borrás, *op. cit.*

(18) LÓPEZ, JUSTO; CENTENO, NORBERTO; FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS, *op. cit.*, p. 221, citado por Hebe Alicia García Borrás, *op. cit.*

(19) VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, “Derecho del trabajo y de la seguridad social”, Bs. As., Astrea, 1981, p. 241, citado por Jorge Rodríguez Mancini, en Mario Ackerman (dir.) y Diego M. Tosca, (coord.), *Tratado de derecho del trabajo*, t. VII: Relaciones colectivas de trabajo II, capítulo III, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, p. 361.

el caso, por ejemplo, de la ausencia de descripción precisa y categorización de una tarea y esto no sería óbice para la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo. Así, se trataría de un presupuesto de analogía interna, es decir, interpretar extensivamente la norma dentro de lo que razonablemente se entiende que fue la intención de los contrayentes.

## 4 | Los procesos colectivos

El art. 14 CCyC reconoce, además de los derechos individuales, los derechos de incidencia colectiva. Agrega la norma: “la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”. Como premisa, y a fin del desarrollo de la temática, cabe recordar que Ricardo Luis Lorenzetti sostiene “el proceso colectivo es aquel que tiene pluralidad de sujetos en el polo activo o pasivo, con una pretensión referida al aspecto común de intereses individuales homogéneos o bienes colectivos y una sentencia que tiene efectos expansivos que exceden a las partes”.<sup>(20)</sup> En rigor, se utiliza la denominación proceso colectivo para describir a la tramitación procesal. Pero es obvio que, antes del referido proceso, existe un conflicto colectivo. En relación a este último, en derecho comparado se utilizan distintas denominaciones: acciones colectivas, *class actions*, acción pública, acción popular, justicia colectiva, entre otras. La definición de Lorenzetti menciona a los intereses individuales homogéneos entre los individuos interesados en la misma pretensión. Existe además una sola causa generadora del daño y es viable procurar una sola decisión.

Ramiro Rosales Cuello y Javier D. Guiridlian Larosa entienden que “los intereses individuales homogéneos no constituyen *per se* una categoría sustantiva, sino una manifestación adjetiva de la lesión en masa a derechos individuales que lucen identidad cualitativa y donde el origen del perjuicio resulta común (ya sea la causa generadora de hecho o de derecho)”.<sup>(21)</sup> Por ello, también consideran que los conflictos grupales, cuando se originan en intereses individuales lesionados en masa, pueden ser tratados dentro de la técnica de las acciones colectivas.

(20) LORENZETTI, RICARDO L., *Justicia Colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 11 y ss.

(21) ROSALES CUELLO, RAMIRO; GUIRIDLIAN LAROSA, JAVIER D., *Finalidades del proceso colectivo. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, La Ley 2015-C.

En cuanto a los bienes colectivos Lorenzetti opina que —en rigor— no hay derechos sustantivos sobre el bien, pero hay pluralidad de sujetos que poseen una legitimación que califica como extraordinaria y que denomina derechos transindividuales. Los referidos bienes colectivos no pertenecen a la esfera individual, sino a la social, y no son divisibles de ninguna manera. A modo de ejemplo, podríamos mencionar el ambiente, los derechos del usuario y del consumidor, el patrimonio cultural y la salud pública.

Otro elemento de este proceso está dado por los efectos expansivos de la sentencia, que exceden a los participantes del proceso, por lo que también quedan obligados los terceros que no participaron en este, pero que están comprendidos en “la clase” o involucrados en el bien colectivo, por lo que deben respetar la decisión.

Cabe agregar, en relación al art. 14 referido que, en los “Fundamentos” que acompañaron el Anteproyecto se expusieron argumentos semejantes a los utilizados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Halabi”.<sup>(22)</sup> Mario Fera<sup>(23)</sup> enuncia que, en el referido precedente, la Corte delimitó tres categorías de derechos implicadas en la acción de amparo: individuales, de incidencia colectiva, que tienen por objeto bienes colectivos, y los de incidencia colectiva, referentes a intereses individuales homogéneos.

El autor comenta que Ernesto Halabi promovió acción de amparo con el fin de que se declarara la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/2004, por considerar que sus disposiciones vulneraban las garantías de los arts. 18 y 19 CN, en cuanto autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por internet sin que una ley determinara “en qué casos y con qué justificativos”. El actor alegó que esa intromisión constituía una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad. El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda, confirmando dicho pronunciamiento en segunda instancia. Precisó que existía un interés jurídico concreto en cabeza del actor como usuario de distintos servicios de telecomunicaciones y que su legitimación “no excluía la incidencia colectiva de la afectación, a la luz del segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional”, por lo que la sentencia dictada en tales condi-

(22) CSJN, “Halabi”, en LL, 2009-B, 259.

(23) FERA, MARIO S., *Máximos precedentes de la Corte Suprema de Justicia, Derecho Laboral*, Bs. As., La Ley, 2013, p. 370 y ss.

ciones debía "... aprovechar a todos los usuarios que no habían participado en el juicio". El Estado interpuso recurso extraordinario, descalificando el efecto *erga omnes*. La Corte confirmó la inconstitucionalidad.

Debemos destacar que la Corte puso la atención en los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Así, puntualizó que en estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que hace razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada.

En otro precedente, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales SA",<sup>(24)</sup> el Máximo Tribunal se pronunció sobre el tema. En el caso se promovió una acción que perseguía el cese de una imposición monetaria a los usuarios de telefonía móvil. Allí, la Jueza Carmen Argibay avanzó más en el tratamiento y señaló: "no es óbice para el ejercicio de la aplicación del concepto de intereses individuales de incidencia colectiva, la circunstancia de que esos individuos tengan un interés patrimonial diferenciado e incluso contrapuesto como el defendido por aquella, pues se contempla una vía por la cual esos intereses pueden ser puestos a salvo de la cosa juzgada mediante una oportuna petición de exclusión" (con remisión a su voto en la causa PADEC).<sup>(25)</sup>

## 5 | Las acciones de clase y el derecho laboral

### 5.1 | Legitimación de las asociaciones sindicales

La ley 23.551 reconoce a las asociaciones gremiales con personería gremial (art. 31) la facultad de representar —y, por ende, defender— los intereses individuales de los trabajadores ante el estado y los empleadores. En relación a las simplemente inscriptas, admite que peticionen y representen los

(24) CSJN, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales SA", 06/06/2014, en LL, AR/JUR/1686/2014.

(25) FERA, MARIO S., *op. cit.*, p. 371 y ss.



intereses individuales de sus afiliados (art. 23, inc. a). Por su parte, el decreto reglamentario 467/1988 en su art. 22 dispone que, para representar los referidos intereses individuales, se deberá acreditar su consentimiento por escrito. Como premisa, entonces, advertimos que el gremio, en este caso, actúa en calidad de mandatario de los trabajadores.

Ahora bien y en cuanto al tema, debemos citar el precedente "Sindicato Argentino de Docentes Particulares SADOP c/ Estado Nacional-Poder Ejecutivo Nacional s/Acción de Amparo"<sup>(26)</sup> en el cual se reconoció expresamente la legitimación de una asociación gremial para promover una acción de amparo en relación con el interés de los trabajadores conforme el art. 43, párr. 2, CN. En el caso, la actora inició la referida acción pidiendo la declaración de inconstitucionalidad del decreto 1123/1999, por el cual —con invocación de la ley 24.521 de Educación Superior— se había eximido a las universidades privadas de la contribución destinada al sistema de asignaciones familiares en referencia a los docentes dependientes de dicha universidad. Asimismo, se determinó el pago directo a cargo de las asignaciones a cargo de estas últimas. El reclamo fue admitido en primera instancia y confirmado por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (en adelante, CNac. Apel. Trab.).

Cabe destacar que uno de los cuestionamientos que llegan a la Corte es el de la legitimación activa. En este sentido, el Máximo Tribunal de la Nación hizo suyos los argumentos del dictamen del entonces Procurador General Becerra y señaló que "no aparecía como indebida la legitimación procesal que se había otorgado al sindicato amparista, asociación que cuenta con la respetiva personería gremial y por lo tanto encargada de representar frente al estado y los empleadores, tal el caso de autos, los intereses individuales y colectivos de los trabajadores (art. 31 ley de asociaciones sindicales 23.551)".

Mario Fera<sup>(27)</sup> —en este sentido— considera que, con los referidos argumentos (fundamentados en la reforma de la Constitución Nacional de 1994 en relación a la acción de amparo) se posibilitó la actuación de las asociaciones gremiales con personería gremial a interponer una acción de amparo en defensa de los derechos de sus representados.

.....

(26) CSJN, "Sindicato Argentino de Docentes Particulares SADOP c/ Estado Nacional-Poder Ejecutivo Nacional s/ Acción de Amparo", 04/07/2003, en LL, 2003-F, 769.

(27) FERA, MARIO S., *op. cit.*, p. 368 y ss.

Posteriormente, el 18 de junio de 2013 en “Asociación de Trabajadores del Estado s/ Acción de inconstitucionalidad”, la CSJN declaró la inconstitucionalidad del art. 31, inc. a de la ley 23.551 y admitió puntualmente la legitimación de las solo inscriptas para defender los intereses colectivos de los trabajadores comprendidos en su ámbito de actuación.

En cuanto a fallos de tribunales inferiores, en “Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” (expte. N° 8723/12) y su acumulado “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Asociación Trabajadores del Estado (ATE) c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)” (expte. N° 8706/12) sentencia del 6 de junio de 2013, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en una acción de amparo promovida por la Asociación de Trabajadores del Estado, reconoció la legitimación de la entidad sindical para reclamar por derechos de incidencia colectiva. En su voto, la Sra. Jueza Conde señaló:

... cada empleado público porteño que se sienta afectado en su derecho a la intimidad puede plantear mediante una acción judicial individual, la impugnación de la resolución que lo obliga a presentar la declaración jurada prevista en la resolución N° 45/SUBRH/2009. Pero para evitar la multiplicidad de eventuales juicios prácticamente idénticos y brindar una respuesta jurisdiccional única e igualitaria —lo que resulta particularmente esperable en cuestiones laborales— es que los arts. 43, segundo párrafo de la Constitución Nacional y 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, admiten el planteamiento de un caso como el de autos por la vía del amparo colectivo. Esta vía procesal es particularmente idónea para analizar este asunto, por tratarse de una cuestión eminentemente de derecho y no requerir debate probatorio. En cuanto a la legitimación para iniciar este tipo de procesos, habida cuenta que no existe una regulación que determine con precisión cómo se conforma la clase homogénea y quién o quiénes están legitimados para representarla —y que el vacío legal no puede ser invocado para impedir la operatividad de normas constitucionales como lo son los arts. 43 de la CN y 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— considero que ATE cuenta con legitimación para efectuar

el presente planteo, atento su rol de asociación gremial defensora de los derechos de los trabajadores y surge de una interpretación amplia de las citadas normas constitucionales y del Artículo 31 de la ley 23.551...<sup>(28)</sup>

Retomando con los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el mes de abril del presente año, en autos “Federación Única de Viajantes de la República Argentina y otro c/ Yell Argentina SA s/ Cobro de Salarios” [CSJ 94/2012 (48-F)/CS1], el 7 de abril de 2015, el Máximo Tribunal de la Nación dejó sin efecto la sentencia de la Sala II de la CNac. Apel. Trab., que había rechazado la demanda promovida por dos asociaciones gremiales (una de viajantes y otra de vendedores) que tenía por objeto reclamar el pago del aporte patronal destinado al Fondo de Investigación de Perfeccionamiento Gremial y Profesional previsto en el art. 30 de la Convención Colectiva de Trabajo n° 308/75 para viajantes de comercio. La referida sala consideró que las entidades sindicales carecían de legitimación activa y se expidió acerca de la improcedencia del encuadramiento convencional de los contratos laborales de los asesores comerciales externos en relación a la convención colectiva de los viajantes de comercio.

Refirió la Corte que, con respecto a la mencionada falta de legitimación, la sala carecía de facultades para expedirse sobre el tema ya que no formó parte de la discusión —y al integrarse la litis— la demandada no opuso defensa alguna vinculada con los alcances de la representación invocada por las actoras, ni solicitó que los empleados involucrados fuesen citados a juicio. Agregó además que no se hizo cargo del planteo de las demandantes en cuanto a su aptitud para reclamar como asociaciones gremiales con personería gremial. Por último, determinó que el fallo cuestionado impuso a la actuación de las asociaciones gremiales una condición no exigida por la ley, es decir, contar con el consentimiento de los trabajadores, ya que la reglamentación solo lo impone cuando asumen la defensa de los intereses individuales de sus representados, art. 22 del decreto 467/1988 reglamentario de la ley 23.551. Por ende, gozaban del derecho de defender los intereses colectivos del sector y reclamar el aporte del art. 30 (art. 31, inc. a de la ley 23.551).

(28) PORTA, ELSA, “El sindicato y los derechos individuales homogéneos de incidencia colectiva”, en *DT*, 3185, diciembre de 2013.

Debemos destacar que la Corte citó dos precedentes en sus considerandos, uno del 18 de junio de 2013: “Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad” (SC. A.598 L. XLIII); y otro del 10 de diciembre de 2013: autos “Asociación de Supervisores de la República Argentina (ASIMRA) c/ Volkswagen Argentina SA s/ diferencias de salarios”.

Ahora bien, e ingresando al análisis del fallo, observamos que las asociaciones gremiales actoras tomaron un “atajo” demandando inicialmente como lo hicieron. Es decir, sin que exista un encuadramiento convencional previo en relación a los contratos de los 142 asesores comerciales externos —los cuales no eran considerados viajantes de comercio por la empleadora— iniciaron el juicio afirmando que por las características de la actividad laboral realizada, los referidos trabajadores estaban incluidos en el ámbito de aplicación del CCT N° 308/75 (viajantes de comercio) y, en consecuencia, directamente solicitaron al tribunal que ordenara a la empleadora el pago del aporte del art. 30 del mencionado convenio.

Como segunda aproximación advertimos que la CSJN, cuando habla de la personería gremial de las asociaciones gremiales y de la representación del interés colectivo —en rigor—, se expide conjunta y confusamente con respecto a las cláusulas obligacionales de un convenio colectivo de trabajo.

Es dable destacar que lo relativo a la representación del interés colectivo difiere de lo que se denomina encuadramiento convencional. Mediante este último se trata de establecer el convenio colectivo de trabajo aplicable a un sector o grupo de trabajadores o, dicho de otro modo, determinar si una empresa o grupo de empresas son signatarias del convenio en cuestión, se trate ya de cláusulas obligacionales o normativas.

Es decir, consideramos que la solución arribada por la Corte nos plantea una paradoja: por un lado, las asociaciones gremiales están autorizadas para reclamar los aportes que se pactaron en la convención colectiva de viajantes de comercio. Muy por el contrario, surge el interrogante acerca de si los 142 trabajadores pueden gozar de los beneficios del referido acuerdo colectivo. Reiteramos, la Sala II se expidió con respecto a que el convenio colectivo de viajantes de comercio no era aplicable a los denominados asesores comerciales externos en disputa. Dicho argumento fundante quedó firme por ausencia de tratamiento.

Pablo A. Topet, en un comentario a este fallo, considera que entre los efectos de la sentencia de la Corte se advierte que el colectivo involucrado a los fines del pronunciamiento estará comprendido en el ámbito de aplicación del convenio (en este caso, el de los viajantes de comercio e industria). Si algún trabajador considera que la sentencia no se le aplica, solamente podría sustentarlo en que no realiza las tareas que han sido tenidas en cuenta para fallar en el sentido que se lo hizo. En el caso, debería demostrar que no se desempeñaba como asesor comercial externo. Todo ello, en expresa referencia a las denominadas acciones de clase. El referido autor enuncia que los sindicatos deberían poder —conforme el fallo— actuar en aquellos casos en que se procurara el resguardo de cláusulas normativas, en los supuesto de intereses individuales homogéneos, tengan o no carácter patrimonial.

En nuestra opinión, dicho postulado presenta severas dudas, debido a que al tratarse de derechos y obligaciones de los contratantes, resulta una condición básica que estos sean oídos y que formen parte del proceso. Entendemos en definitiva que el fallo “Yell” se bifurca en varios sentidos sin llegar a una decisión clara, pronunciándose acerca de la representación de los sindicatos y los intereses colectivos del sector. Al mismo tiempo se aparta sin argumentos de peso de lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha entendido por encuadramiento convencional, lo cual se encuentra intrínsecamente ligado a la solución del caso.

## 5.2 | Vías idóneas para el reconocimiento de derechos de incidencia colectiva en el ámbito del derecho del trabajo

Jorge Elías<sup>(29)</sup> señala que, en orden a la tutela de derechos de incidencia colectiva y con el surgimiento de nuevos sujetos legitimados para procurar una respuesta jurisdiccional, la acción meramente declarativa ha adquirido protagonismo, fortalecida por el art. 43 CN.

El autor refiere que las acciones —meramente declarativa y de amparo— reconocen un desarrollo en paralelo y, de hecho, muchas veces en la

.....

(29) ELÍAS, JORGE, *Perspectivas de la pretensión meramente declarativa laboral*, n° 1, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, p. 91.

estrategia de los litigantes ambas funcionan como opciones en los casos en que la vía del amparo se torna dificultosa. Así, la acción declarativa no está sujeta a exiguos plazos de caducidad, no es un remedio de carácter excepcional como el amparo y su trámite tiene la necesaria amplitud de prueba y debate.

En consecuencia, el trabajador aparece como el legitimado principal para articular este tipo de acciones. Asimismo, una alternativa para enfrentar el clima de hostilidad que implicaría la demanda individual del obrero sería que las mismas sean deducidas por un conjunto más amplio de dependientes afectados por la misma situación.

Afirma igualmente, que la acción declarativa podría también interponerla la asociación con personería gremial, en tanto es titular del interés colectivo de los trabajadores que podrían resultar afectados. Esto deriva de la facultad que confiere el art. 31 de la ley 23.551. Por su parte, la condición que impone el art. 22 del decreto reglamentario 467/1988 —acreditar la representación de intereses individuales mediante el consentimiento por escrito por parte de los interesados en el ejercicio de dicha tutela— podría sortearse por vía del cuestionamiento constitucional de dicha exigencia reglamentaria, o bien mediante la invocación del interés colectivo en forma concurrente con el interés individual.

Jorge Rodríguez Mancini<sup>(30)</sup> analiza las acciones que contempla el art. 14 CCyC en su inc. 2° y considera que pueden ser válidas para resolver las cuestiones de encuadramiento convencional. En esta inteligencia, un concepto importante de distinguir es el de **categoría profesional** y su noción dentro del derecho colectivo. Mientras que en el derecho individual se denomina "categoría" a la posición que ocupa un trabajador en la escala de puestos y funciones —con su correlato remunerativo— que están presentes en una organización empresarial; en el derecho colectivo dicho concepto adquiere otro significado. Así, no se limita a un trabajador individual, sino que comprende un grupo de trabajadores que realizan una determinada función económica homogénea en el proceso productivo y que se vinculan en vista de la tutela de los intereses comunes derivados de tal función. A partir de dicha pertenencia se crea un vínculo de solidaridad grupal, la cual resulta naturalmente de la comunidad de intereses profesionales, que

(30) RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *op. cit.*, p. 174.

impulsa a las acciones comunes de defensa. En resumen, la existencia de una categoría profesional es la que sirve para tipificar como colectivo un fenómeno sociológico (agrupación, negociación o conflicto) que tendrá relieve jurídico en el campo del derecho del trabajo colectivo.<sup>(31)</sup>

Aclarado esto, corresponde preguntarnos de qué modo la acción que persigue la aplicación de un convenio colectivo puede enmarcarse en el art. 14 referido. En opinión de Rodríguez Mancini, la sentencia declarativa que se obtuviera como resultado de una pretensión iniciada ante la incertidumbre del empleador para determinar el convenio colectivo aplicable, tendría un efecto colectivo, extendido a todos los sujetos comprendidos en el referido convenio.

El carácter colectivo del convenio lo define como norma genérica, comprensiva de un número indeterminado de trabajadores y empleadores de cuya voluntad no depende su obligatoriedad. Esta última posee en sí misma un valor generalizador de imposible individualización, que hace que la disputa en torno a su aplicación afecte a una generalidad indiferenciada, configurando un derecho de incidencia colectiva. El autor<sup>(32)</sup> concluye y asevera que una sentencia declarativa de derechos, originada en un planteo de incertidumbre de un empleador, aparece indiscutiblemente como un fallo con reconocimiento o desconocimiento de derechos de incidencia colectiva. De este modo, la ley 14.250 que se anticipó a la cláusula del art. 14 bis CN, es la que ha dado marco más que suficiente a la incidencia colectiva de una convención colectiva de trabajo.

## 6 | Conclusión

Debemos concebir la histórica autonomía del derecho del trabajo en el contexto actual del principio de unidad del derecho.

En cuanto a la integración de los ordenamientos jurídicos, el art. 16 CC autorizaba al juez a acudir en primer término —en caso de lagunas— a los principios de leyes análogas y luego, a los principios generales del derecho.

.....

(31) ACKERMAN, MARIO E., t. VII, *op. cit.*, p. 27.

(32) RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *op. cit.*, p. 182.

El Código Civil y Comercial (arts. 1° y 2°) ha desplazado la referida institución de la laguna legal y ha optado por dar al juez un abanico de fuentes que deberá articular para obtener la resolución del caso, indicándole cómo debe proceder en la interpretación de las normas.

En referencia a otra innovación del Código Civil y Comercial, el art. 14 reconoce además de los derechos individuales, los derechos de incidencia colectiva. Así, se ampara legislativamente lo que ha venido sosteniendo la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —fundamentalmente el caso “Halabi”— como de los tribunales inferiores.

Consideramos que la ausencia de una regulación que determine con precisión cómo se conforman los derechos de incidencia colectiva y quiénes están legitimados para defenderlos no da claridad a la utilización de esta acción.

En cuanto a las acciones de clase y el derecho laboral, la Corte Suprema reconoció la legitimación colectiva de las asociaciones sindicales con personería gremial en el precedente “SADOP” y, en referencia a una acción de amparo, pudiéndose extender la mencionada legitimación a las simplemente inscriptas conforme el fallo “ATE” del 18 de febrero de 2013.

Consideramos que podrían articularse acciones de clase o procesos colectivos en referencia a la prevención y seguridad en el trabajo de los establecimientos. La misma opinión nos merecen las situaciones de discriminación en las que pudieran verse afectados los trabajadores.

En cuanto a la validez de este tipo de acciones para resolver conflictos de encuadramiento convencional consideramos dificultosa su procedencia, debido a que lo que estaría en juego serían las cláusulas normativas, regulatorias de derechos y obligaciones de los contratantes, resultando una condición básica que estos sean oídos y que formen parte del proceso. Esta particular condición dificultaría abiertamente la posibilidad de entablar una acción clase.

---



# Relevancia de las normas procesales en el Código Civil y Comercial y su incidencia en el derecho laboral

por **MARIANA VICTORIA GARCÍA**

## I | Introducción

Cada vez que se sanciona la reforma de una ley cualquiera, se genera cierto grado de interés en todos los operadores del derecho. Más aún, si se trata del dictado de un nuevo Código Civil y Comercial, el cual viene a reemplazar el dictado en 1871 —si bien con modificaciones— vigente hasta el 31 de julio del corriente año. Tal movilización forjada en el ámbito jurídico deriva del cambio trascendental que la mencionada modificación significa en el ordenamiento legal vigente en nuestro país; circunstancia que, a su vez, conlleva un considerable movimiento de todos los sectores del derecho, económicos, sociales y culturales.

Es por esa razón que no debemos pasar por alto la tarea emprendida por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Aída Kemelmajer de Carlucci, Elena Highton de Nolasco y más de un centenar de colaboradores de diferentes sectores del país; trabajo profundizado, en equipos especializados, que —de algún modo— federalizó tal labor con la opinión de diversos expertos y entendidos de cada materia a legislar.

Desde una mirada axiológica y general, podemos decir que el nuevo cuerpo legal refleja la constitucionalización del derecho privado y enfatiza la aplicación de aspectos tales como el principio de legalidad y de no discriminación. Además, genera un nuevo paradigma en materia de bienes, regula nuevas formas familiares y otros derechos relativos al cuerpo humano y sus partes (órganos, tejidos, células, genes, etc.). Es evidente que el legislador ha tenido especialmente en cuenta el avance producido en ámbitos de la ciencia y de la tecnología como así también los cambios socioculturales y su incidencia en el ámbito jurídico.

Del mismo modo, el nuevo Código toma muy en cuenta los tratados internacionales, en particular los de derechos humanos, y otros derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad. En este aspecto, el nuevo cuerpo legal innova notablemente, imponiendo una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, que ha venido siendo reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina.

Esta decisión se advierte en lo general y en casi todos los ámbitos, como la protección de la persona humana a través de sus derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales, entre otros.

Podemos decir también que los puntos que han ocasionado mayor interés mediático son los relacionados con: la existencia de la persona, derecho a la imagen, donación de órganos, nombre de las personas, matrimonio, divorcio, convenciones matrimoniales, uniones convivenciales, filiación, técnica de reproducción asistida, adopción, responsabilidad parental, propiedad comunitaria indígena, protección del consumidor, contratos celebrados por medios electrónicos, protección del ambiente, sociedades unipersonales, contratos bancarios.<sup>(1)</sup>

En atención a su entrada en vigencia, cabe señalar que mediante la ley 26.994<sup>(2)</sup> se promulgó el Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC),

.....  
(1) [En línea] <http://www.nuevocodigocivil.com/lo-que-hay-que-saber-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial/>

(2) BO 08/10/2014, Edición Especial.

que —según establece en su art. 7°—<sup>(3)</sup> empezaría a tener vigencia a partir del 01/01/2016. Dicha disposición fue sustituida mediante la ley 27.077 (BO 19/12/2014), que determinó —y adelantó— una nueva fecha de entrada en vigencia del mentado Código, a partir del 01/08/2015; circunstancia legal que si bien hasta el momento no ha generado mayores repercusiones, con el pasar del tiempo las veremos reflejadas muy especialmente en los ámbitos judiciales y pedagógicos, pues consideramos que acelerar repentinamente la vigencia de una modificación normativa de tal envergadura —como lo es en el caso, el Código Civil y Comercial de la Nación—, dificultará —y, en ciertas ocasiones, impedirá— el adecuado estudio y preparación jurídico-pedagógica de los operadores y docentes del derecho. Dificultades que, durante el primer período de aplicación de la norma, se evidenciarán en la confección de demandas con fundamentos equívocos, acciones judiciales erróneas, jurisprudencias contradictorias y formación profesional inadecuada (esto, claro está, más allá de las incertidumbres y conflictos de interpretaciones lógicos que toda nueva norma conlleva al comienzo de su aplicación).

En cuanto a su estructura, esta nueva iniciativa unificadora reduce notoriamente la cantidad de articulados de la norma histórica, pues está compuesta por 2671 artículos, contra los 4051 del Código Civil de Vélez Sarsfield (en adelante, CC), a los que deben sumarse los correspondientes al disperso Código de Comercio (en adelante, CCom.) y las demás leyes complementarias de ambos textos vigentes, que no hayan sido derogadas expresamente por el art. 3° de la ley 26.994, según remisión de su art. 5°.

Por otro lado, más allá de las observaciones mencionadas, la lectura del nuevo Código permite advertir —en lo que atañe a este trabajo— que se regulan institutos procesales o —más concretamente— procesos específicos completos, los cuales surgen alternados entre las normas de fondo, pues un repaso del articulado pone en evidencia la regulación de institutos procesales entrelazados entre las normas sustanciales. Este aspecto del Código Civil y Comercial unificado actualiza la discusión sobre la competencia “reservada” de las provincias en materia procesal, además que

.....

(3) “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora”, en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

permite pensar cuál debería ser el criterio de aplicación de estas normas en el tiempo.

Desde ya, esta cuestión no nos resulta novedosa, ya que el Anteproyecto de reforma del Código Civil Unificado de 1998 (**promovido también a instancia del Poder Ejecutivo Nacional, que dictó el decreto 685/1995 para encomendar su realización a renombrados juristas**) incluía una amplia y profunda normativa en el tratamiento procesal de las instituciones de fondo legisladas en esa iniciativa.<sup>(4)</sup> Característica que, es evidente, se ha adoptado en esta tarea reformadora que, a diferencia del anterior —como se expuso—, ha logrado su aprobación y entrada en vigencia.

El objeto del presente trabajo consiste en exponer este último tema con el fin de determinar cuál podría ser la posición doctrinaria a adoptar sobre la competencia del Congreso de la Nación en la regulación de materia procesal; cuáles son —esquemáticamente— esas normas “procesales” previstas en el Código unificado; cuál o cuáles de ellas podrían tener incidencias en el derecho del trabajo; y cuál podría ser el criterio de su aplicación en el tiempo.

## 2 | El derecho procesal y el Congreso de la Nación

En virtud del sistema de gobierno adoptado en la Constitución Nacional, se considera en forma unánime que la facultad de legislar materia procesal pertenece, en principio, a cada una de las provincias y no al Congreso de la Nación,<sup>(5)</sup> conforme lo establecido por los arts. 121 y 75, inc. 12 CN. El primero, por cuanto dispone: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal”; y el segundo en razón de que las provincias no han incluido entre los poderes delegados al Congreso de la Nación el de dictar los códigos de procedimiento.

---

(4) MORELLO, AUGUSTO M.; BERMEJO, PATRICIA y MORELLO, MARÍA S., *Lectura procesal de temas sustanciales*, La Plata, Ed. Platense, 2000, p. 31 y ss.

(5) PALACIO, LINO E., *Derecho Procesal Civil*, t. I, 3ª ed., actualizada por C. Camps, Bs. As., AbeledoPerrot, 2011, p. 26.

Según explica Joaquín V. González, las mencionadas normas constitucionales conforman la “regla general” que debe considerarse para dirimir los eventuales conflictos que pudieran suscitarse entre las dos órdenes de gobierno; y las competencias de la Nación que le fueran conferidas por las provincias son —deben ser— expresas, limitadas y excepcionales.<sup>(6)</sup>

En atención a lo expuesto, es preciso señalar entonces que una regulación procesal dictada por el Congreso de la Nación generará en la doctrina posiciones disímiles. A saber:

- a. David Lascano considera que si el constituyente hubiera considerado conveniente una legislación procesal uniforme en todo el país, lo razonable sería que lo hubiese establecido expresamente como atribución del Congreso. En tal sentido, trae a colación el caso del art. 75, inc. 12 CN cuando faculta al Congreso para dictar la ley de bancarrota, norma que constituye un procedimiento judicial de liquidación de bienes del deudor;
- b. Ricardo Levene (h) afirma que si bien cabe reconocer a las provincias la atribución de organizar su propia administración de justicia (arts. 5º, 122 y 125 CN), no ocurre lo mismo con el poder de dictar las normas de procedimiento, que corresponde al Gobierno federal. Fundamenta su posición en el art. 24 de nuestra carta magna, disposición legal que establece que corresponde al Congreso la facultad de promover la reforma de la legislación en todas sus ramas, sin distinciones; y en el art. 75, inc. 32 del mismo texto legal supremo, cuando faculta al Congreso para hacer todas las leyes y reglamentos que fueren convenientes para poner en ejercicio los poderes del Estado;
- c. Alsina<sup>(7)</sup> postula una solución intermedia. Sucintamente expresa que, además de las normas que el Congreso de la Nación puede dictar para proteger las instituciones de fondo, cuya repetición es innecesaria en los códigos procesales, podría sancionar para todo el país una ley de procedimiento que contemplara, en primer término, las relaciones entre las provincias respecto de esta materia (como ser, cuestiones de competencia, legalizaciones, ejecución de sentencias, entre otras), y sentar luego los principios substanciales que deben tener en cuenta los códigos locales (condiciones de la acción, enumeración de las pruebas y apreciación de las mismas, fundamentación de las sentencias, etc.); quedando entonces reservada a las legislaturas provinciales lo referente a lo exclusivamente formal (forma de la demanda y contestación, notificaciones, administración de la prueba, términos, etc.).

(6) GONZÁLEZ, *Manual*, op. cit., p. 631. En el mismo sentido, BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, Bs. As., Ediar, 1997, p. 442.

(7) ALSINA, HUGO, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. II, 2ª ed., Bs. As., Mundo Cultural Hispano, 1957, p. 48.

## 3 | El derecho procesal en el Código Civil y Comercial

Para tener una adecuada visión de esta clase de normas (procesales) y poder distinguirlas dentro de este nuevo cuerpo rígido legal en cuestión, es muy conveniente hacer una delimitación —simple, pero clara— de las normas sustanciales y las procesales.

En atención al contenido, pueden denominarse “normas materiales” a las que en razón de mentar el modo o los modos de ser de la conducta previa al proceso, son invocadas por los sujetos, cuando lo inician, como fundamento de sus demandas o defensas. Mientras que las normas procesales son aquellas que establecen la clase de órganos que procesan, en especial su competencia, potestades y límites del órgano mencionado así como los derechos, deberes y cargas de las partes y los terceros dentro de una acción judicial. Y, finalmente, establecen cómo debe comportarse el juez de la causa al dictar sentencia.

A continuación, procederemos a esquematizar —a grandes rasgos— las disposiciones “procesales” que incluye el CCyC, y su ubicación dentro de dicho cuerpo legal:

1. deber de los jueces de decidir los casos mediante sentencias motivadas (art. 3°);
2. legitimación, prueba, sentencia (su registración y revisión) y medidas de protección en la sección dedicada a las “restricciones a la capacidad” (arts. 33 y ss.);
3. tipo de proceso en cuestiones vinculadas al nombre de las personas (arts. 70 y 71);
4. competencia, procedimiento y sentencia en la regulación de la “ausencia” (arts. 80 y ss.) y en la “presunción de fallecimiento” (arts. 87 a 89);
5. competencia del Ministerio Público tutelar (art. 103);
6. apreciación y valor probatorio de los instrumentos particulares (arts. 317 y 319);
7. eficacia (apreciación) probatoria de la contabilidad comercial (art. 330), prueba pericial contable sobre los libros comerciales (arts. 325 y 331);
8. proceso de divorcio: requisito de admisibilidad y procedimiento (arts. 437 y ss.);<sup>(8)</sup>

(8) Estas modificaciones de fondo —se dice en los Fundamentos del Anteproyecto— producen transformaciones en el plano procedimental: se flexibiliza el proceso suprimiéndose varias de las reglas que prevé el Código Civil actual en el art. 236; entre otras, las facultades judiciales

9. prueba (presunción) sobre el carácter de los bienes propios o gananciales (art. 466);
10. carga de la prueba y medios probatorios en la recompensa por liquidación de la comunidad (art. 492);
11. medidas cautelares en el régimen de separación de bienes (art. 473) y medidas protectorias en la indivisión postcomunitaria (art. 483);
12. carga de la prueba en la liquidación de la comunidad (art. 492) y en la propiedad de los bienes (art. 506);
13. medios de prueba de la unión convivencial (art. 512);
14. tipo de proceso (el "más breve") para encauzar el pedido de alimentos —alimentos provisorios, prueba, legitimados, recursos, efectos de la sentencia, medidas cautelares— (arts. 543 y ss.);
15. régimen de comunicación, legitimados, oposición, procedimiento y medidas para asegurar su cumplimiento (arts. 555 y 557);
16. proceso en la "declaración judicial del estado de adoptabilidad": admisibilidad y procedencia, legitimados, procedimiento, sentencia (arts. 607 y ss.);
17. competencia, intervención del equipo técnico y sentencia en la "guarda con fines de adopción" (arts. 612 a 614);
18. proceso de adopción: competencia, requisito de admisibilidad, procedimiento, efecto de la sentencia (arts. 615 y ss.);
19. procesos de familia: principios generales, participación en el proceso de niños, niñas, adolescentes y personas con discapacidad, acceso restringido al expediente, prueba —testigos— (arts. 705 y ss.), reglas de competencia (arts. 716 y ss.), medidas provisionales (arts. 721 y ss.);
20. prueba de la existencia de las obligaciones. Presunción de fuente legítima (art. 727);
21. prioridad del primer embargante en la Sección 3ª, Garantía común de los acreedores (art. 745);
22. gastos de defensa (costas) en la Sección 4ª, Parágrafo 2º, Responsabilidad por evicción (art. 1047);
23. proceso arbitral (como contrato) (art. 1649 y ss.);
24. acción preventiva del daño (art. 1711);
25. prueba de los presupuestos de responsabilidad: "prueba de los factores de atribución y de las eximentes" (carga de la prueba, prueba dinámica) y

.....

de conciliación y la doble audiencia en un plazo de tiempo determinado. Sin embargo, luego se afirma sorpresiva y enfáticamente "que no se establecen reglas específicas de carácter procedimental, siendo esta materia propia de los códigos locales".

- “prueba de la relación de causalidad” (carga de la prueba, arts. 1734 a 1736);  
“prueba del daño” (*onus*, presumido, notorio, art. 1744);
26. prescripción: suspensión por pedido de mediación (art. 2542); interrupción por petición judicial (art. 2546); facultades judiciales (art. 2552);
27. medidas cautelares en el Capítulo 6, Títulos valores, Sección 1ª, Disposiciones generales (art. 1822); y competencia y procedimiento en las normas sobre “deterioro, sustracción, pérdida y destrucción de títulos valores o de sus registros” (art. 1863, párrafo final); procedimiento para la oposición del rescate (art. 1875) y procedimiento y costas en la pérdida de registros en caso de títulos valores nominativos o no cartulares (art. 1878);
28. sentencia y tipo de proceso en la prescripción adquisitiva (art. 1905);
29. sentencia, cosa juzgada en las acciones posesorias (arts. 2241 y 2242), prueba, conversión procesal, legitimación y procedimiento (arts. 2243 y ss.); admisibilidad, sentencia en las acciones reales y cosa juzgada (arts. 2249 y 2251);
30. legitimación, prueba y sentencia en la acción de reivindicatoria (art. 2255 y ss., y 2261); legitimación pasiva y prueba en las acciones negatoria y confesoria (arts. 2262 a 2265); legitimación activa y pasiva, prueba y sentencia en la acción de deslinde (arts. 2267 y 2268);
31. proceso sucesorio: medidas urgentes (art. 2327); objeto, competencia y conexidad procesal (arts. 2335 y 2336); procedimiento en sucesión testamentaria e intestada (arts. 2339 y 2340); administración judicial de la sucesión (art. 2345 y ss.);
32. disposiciones procesales relativas a la prescripción: vías procesales, facultades del juez, admisibilidad (art. 2551 y ss.);
33. medidas provisionales y cautelares en la jurisdicción internacional (art. 2603); litispendencia (art. 2604); prórroga de jurisdicción (arts. 2605 y ss.);

## 4 | Normas procesales con incidencia en el derecho laboral

Es sabido que el derecho del trabajo se caracteriza por su especialidad y autonomía científica, didáctica y legislativa, que le permite resolver *motus proprio* el objeto de la materia. También es cierto que el derecho, en general, forma una unidad sistemática, ello claro está, sin perjuicio de que sus distintas ramas —como el derecho del trabajo— tengan contenidos, fuentes y principios propios que justifiquen su autonomía. Por esta razón de unidad del derecho, podemos decir que la citada autonomía —en el caso que nos ocupa— del derecho laboral no es absoluta, sino relativa.



En efecto, la rama de nuestra especialidad carece de integridad imperiosa, pues si bien se aplican las normas de derecho del trabajo sobre las del derecho civil, estas últimas tienen carácter complementario o supletorio y pueden ser aplicadas en tanto no estén en pugna con el principio protectorio. La lógica de dicha aplicación de normas trasunta en considerar que no tendría mayor sentido que el derecho laboral duplicara disposiciones del derecho común que desarrollan conceptos fundamentales del derecho en general, cuando no mediara razón diferencial que requiera de una especificidad; por tal motivo, la limitación central para recurrir a aquel.

Por otra parte, lo expuesto es la regla que impone la propia Ley de Contrato de Trabajo en su art. 11, al remitir expresamente a las leyes “análogas” y a la consideración de los principios generales del derecho del trabajo.

Conforme sostienen algunos autores, como Fernández Madrid, si el derecho del trabajo requiere para su integración una norma civil, se apodera de ella y la trata dentro de su propio contexto laboral sufriendo las modificaciones interpretativas resultantes de haber quedado inserta en un ámbito que corresponde a relaciones diferentes. Ello pues, más allá de la ley, no se habrá abandonado la protección propia de la relación de trabajo.

Es decir, el derecho común es meramente supletorio y no dominador del derecho del trabajo y, por tanto, aplicable en cuanto las normas de aquel no contraríen los principios específicos del derecho del trabajo. Razonomiento jurídico que debe tenerse en cuenta a la hora de decidir por la aplicación de normas procesales plasmadas en el Código unificado, en el ámbito del derecho laboral.

A continuación, señalaremos y analizaremos algunas de las disposiciones legales mencionadas, las cuales, a nuestro parecer, tendrían mayor influencia o resultarían de gran trascendencia en el derecho del trabajo.

## 4.1 | Deber de los jueces de decidir los casos mediante sentencias motivadas (art. 3° CCyC)

El art. 3° CCyC expresa: “Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

De una simple lectura, podemos advertir que la nueva norma complementa el art. 15 del Código Civil de Vélez que imponía la obligación de juzgar. Ello, por cuanto al agregar ahora que la labor del juez de resolver debe ser “razonable”, impide expresamente que este se excuse de cumplir su tarea judicial.

Entendemos que esta disposición recepta positivamente la doctrina sostenida por la Corte Suprema de la Nación<sup>(9)</sup> sobre la arbitrariedad de sentencias, precepto que se aplica extensivamente a todos los que deben decidir casos con obligación de que sus resoluciones se encuentren fundadas, en resguardo a las garantías constitucionales del debido proceso y defensa (arts. 14 y 18 CN) y al derecho a la jurisdicción, en adecuado uso de las facultades que la Ley Suprema le otorga al Poder Judicial para satisfacer toda pretensión de tutela, como mecanismos para la concreta posibilidad de un remedio jurisdiccional.

La vinculación entre la Constitución y el proceso, como cuestión necesaria, aparece nítida si describimos a este como el instrumento indispensable para encauzar la “acción” hacia los órganos predispuestos por el Estado, para hacer efectiva su función jurisdiccional, realizadora de los valores jurídicos, ante las peticiones de los habitantes, para asegurar bienes, ejecutar prestaciones o declarar derechos.

En tal sentido, cabe recordar el precedente de la CSJ Santa Fe *in re* “Severini, Matilde E. c/ Militello, José s/ Rec. Inconstit.”, en el cual el más alto Tribunal sostuvo: “Para ser constitucionalmente válida toda decisión judicial debe consistir en una derivación razonada del derecho vigente, con referencia particular a las circunstancias del caso apreciadas objetivamente”.<sup>(10)</sup>

Consideramos de suma importancia esta disposición general, pues todas las resoluciones de los órganos jurisdiccionales deben ser “razonables”,

(9) Así, por ejemplo, el Tribunal Nacional resolvió que “la motivación de la sentencia es la esencia del régimen republicano —en que las autoridades ejercen su función por delegación de la soberanía que reside en el pueblo—, pues no puede privarse a los ciudadanos de la provincia del acceso a las razones concretas que determinaron la revocación —por el juicio político— de un mandato de gobierno conferido por el voto popular” (CSJN, Fallos: 317:874, voto del Dr. Moliné O'Connor).

(10) Reg. A. y S, tomo 39, pp. 335/341.

categoría que se impone a todos los actos emanados del poder estatal (providencia, decretos, autos, sentencias). Es que la “razonabilidad” es una compleja categoría jurídica que junta a la armonía entre la decisión y el orden constitucional positivo vigente. Además, este principio tiene mayor gravitación y requisitos cuando más trascendente es el acto procesal. Por eso, en la sentencia la elaboración doctrinaria debe reflejarse con mayor fecundidad y con derivación razonada del derecho vigente para que aquella resulte válida, y para no incurrir en arbitrariedad.

## 4.2 | Acción preventiva del daño (arts. 1711 a 1713 CCyC)

En armonía con el objetivo principal del sistema de riesgos del trabajo que rige en nuestra legislación especial, con fundamento en el principio protectorio enunciado en el art. 14 bis CN, el derecho común es congruente implementando medidas preventivas o inhibitorias para evitar que un daño se produzca, en atención a una tutela que no se ciñe únicamente al patrimonio, sino centralmente a la persona.

Para una mayor comprensión de su importancia en el ámbito del derecho laboral, debemos tener en cuenta la facultad que le atribuye la ley de riesgos del trabajo a la víctima de una contingencia de naturaleza laboral (trabajador afectado) de elegir —en forma excluyente— la vía legal por la cual pretenda iniciar un reclamo judicial (art. 4° de la ley 26773); opción que si bien se dirige al logro de una reparación patrimonial, desde una interpretación conjunta con la aplicación supletoria del derecho común habilita la posibilidad de iniciar una medida de acción preventiva con fundamento en el CCyC.

El art. 1711 CCyC establece: “La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la reducción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

Esta disposición se fundamenta en que la omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva. Tal comportamiento puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño, constituyendo una violación del mentado deber,

incluso de la prohibición de daño consagrada en la propia Constitución Nacional (art. 9°), de la cual surge —a su vez— el deber de evitarlo.

Uno de los presupuestos para su admisibilidad es la exigencia a quien pretenda accionar de acreditar verosímilmente que existe un riesgo cierto de que el daño se produzca o se agrave el ya acaecido, no resultando suficiente entonces la mera invocación de un eventual temor referencial. Más allá de ello, la ley no requiere la concurrencia de ningún factor de atribución, ya que los mismos responden a la actividad resarcitoria, no a la preventiva o inhibitoria.

El interrogante que se nos presenta es cómo se interpretará respecto a la “opción excluyente” impuesta por el sistema legal de riesgos del trabajo, en los casos en que el trabajador damnificado, o con posibilidad a futuro de serlo, decide utilizar esta medida preventiva ¿Se entenderá que ha elegido la vía civil para un eventual reclamo judicial? A nuestro entender, si bien la ley 26.773 en su art. 4° establece que “[e]l principio de cobro de sumas de dinero o la iniciación de una acción judicial en uno u otro sistema implicará que se ha ejercido la opción con plenos efectos sobre el evento dañoso”, tal disposición —según nuestro criterio de interpretación— se dirige a los casos en los cuales el daño ya se ha producido. Por lo expuesto, consideramos que iniciar una acción preventiva de un menoscabo no existente o no consolidado, en armonía con las garantías constitucionales que tutelan los derechos y la integridad del trabajador, de ningún modo puede interpretarse como elección de una vía judicial para reclamar una reparación que aún no se pretende. De todas formas, al no haber normativa específica que lo indique, seguramente la interpretación jurisprudencial que de estos supuestos se lleve a cabo nos brindará a futuro la respuesta.

### 4.3 | Prueba de los presupuestos de responsabilidad: de los factores de atribución y de las eximentes; de la relación de causalidad y del daño

El CCyC define al daño en su art. 1737. Sin pretender profundizar en el tema, por no resultar de interés para la problemática que aquí nos convoca, a grandes rasgos y más allá de las críticas doctrinarias efectuadas al precepto legal, se ha señalado que el mismo refiere al daño desde un

punto de vista material, por contemplar a la lesión que tiene por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva. También refiere en su art. 1738 CCyC al menoscabo desde una mirada naturalística al determinar resarcibles las “consecuencias” jurídicas del perjuicio producido a los derechos personalísimos, a su integridad personal, su salud psicofísica y a las afecciones que padezca de carácter espiritual (legítimas) y a su proyecto de vida.

Lo trascendental e innovador en cuestión procesal sobre la reparación del daño es la carga probatoria que introduce el nuevo texto legal. En principio, mantiene la regla general sobre la carga de la prueba de los factores de atribución, al disponer que corresponde a quien los alega (art. 1734 CCyC).<sup>(11)</sup> De todas formas, no pasa por alto los supuestos en los que existen dificultades para acceder a los medios de prueba o su producción, facultando al juez a distribuir la carga de la misma en atención a cuál de las partes se encuentra en mejor situación para aportarla (art. 1735 CCyC). De hacer uso de dicha facultad legal, el juzgador debe comunicar su decisión a las partes “durante el proceso” a los fines de posibilitarles ofrecer y producir los elementos acreditantes que consideren necesarios para su defensa.

Asimismo, y desde la misma perspectiva en cuanto a la dificultad probatoria de daño para las indemnizaciones de las consecuencias no patrimoniales (art. 1741 CCyC), el Código unificado permite la aplicación de pautas fijas y presunciones legales como así también la valoración de los actos propios cuando los mismos reflejen una conducta notoria (art. 1744 CCyC). Es decir que en tales casos no se requiere prueba específica, en virtud de que la norma codificada considera que debe tenérselo demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica. Por lo que invierte la carga de la prueba, comprometiendo al responsable a acreditar la existencia de una situación objetiva que lo exima del deber de resarcir.

En definitiva, la prueba del damnificado consistirá en demostrar las particularidades de su situación subjetiva para permitir al juzgador ponderar las consecuencias del daño y determinar la reparación plena.

(11) La Corte Suprema tiene dicho que la prueba constituye la actividad procesal encargada de producir convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos, es un “imperativo del propio interés del litigante” en tanto que corre el “riesgo” de obtener una decisión desfavorable en el caso de adoptar una actitud omisiva (en CSJN, “Kopex Sudamericana”, 1995, Fallos: 318:2555).

## 4.4 | Prescripción. Interrupción por petición judicial (art. 2546 CCyC). Facultades judiciales (art. 2552 CCyC)

En el derecho del trabajo, la abstención de ejercer un derecho, es decir, la inactividad o desinterés durante el término de dos años desde que el crédito es exigible, produce la extinción de la acción, conforme lo dispone el art. 256 LCT. Esta norma tiene carácter de orden público y el plazo no puede ser modificado por convenciones individuales o colectivas.

Dado este carácter de orden público de la norma, las partes no pueden pactar plazos mayores ni menores de prescripción, ni establecer otros modos de suspensión e interrupción que los previstos legalmente. Puede decirse que es una excepción al principio de irrenunciabilidad, ya que ni siquiera puede ser modificada en beneficio del trabajador.

Sobre esta cuestión de fondo, el Código Civil y Comercial nos brinda varias disposiciones procesales que deberemos tener en cuenta en todas las ramas del derecho, ya que es una forma de extinción de la acción por el transcurso del tiempo.

En primer término, merece especial atención el art. 2551, el cual establece que “la prescripción puede ser articulada por vía de acción o de excepción”. Esta imposición resuelve positivamente la cuestión que se generaba con la anterior redacción de Vélez, la cual establecía que aquella se limitaba a una “excepción para repeler una acción” (art. 3949 CC). Instituto legal que, luego, la jurisprudencia consideró que debía admitirse también por vía de acción en los supuestos en que el deudor demostrase un motivo legítimo justificante;<sup>(12)</sup> motivo, justamente, que refleja la intención del legislador en adecuar la norma a la realidad jurídica y procesal actual.

La segunda disposición adjetiva, a nuestro criterio de mayor relevancia, que prevé el Código Civil y Comercial dentro de la regulación que le otorga a la prescripción circunda en torno a su interrupción por “petición judicial” (art. 2546 CCyC). Es evidente que la nueva norma, al utilizar este término (petición judicial), recoge los criterios doctrinarios y jurisprudenciales expuestos

---

(12) Areán, en Alberto J. Bueres (dir.), Elena I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 68, 2001, p. 568.

sobre el tema, pues cuando el art. 3986 CC expresaba "demanda", se interpretaba que, a los fines interruptivos, no solo debía entenderse la presentación del acto que inicia el proceso, sino toda otra actuación judicial que refleje la actividad del acreedor y su intención de mantener vigente su derecho de acción. Con el nuevo texto legal se consolida dicha interpretación jurisprudencial, abarcando así a toda actividad o diligencia judicial dirigida a defender y mantener existente el derecho que se invoque. A modo de ejemplo, podemos nombrar las medidas preparatorias, solicitud de prueba anticipada, iniciación por parte del acreedor del juicio sucesorio del deudor, entre otros.

En materia laboral, sobre la interrupción de la prescripción, no debemos olvidar lo que establece nuestra Ley de Contrato de Trabajo en su art. 257, al expresar: "Sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas del Código Civil, la reclamación ante la autoridad administrativa del trabajo interrumpirá el curso de la prescripción durante el trámite, pero en ningún caso por un lapso mayor de seis meses". Es decir, no deja duda de la aplicación de las normas del derecho común al establecerlo expresamente, pero agregando el reclamo administrativo como otro supuesto a la petición judicial prevista por el CCyC.

Otra de las cuestiones procesales que implementa sobre la prescripción es la prohibición al juez a declararla de oficio (art. 2552 CCyC); impedimento que si bien no se encontraba expresamente dispuesto por el CC, igualmente lo contemplaba la nota realizada por el codificador sobre el art. 3964, al expresar: "El que sabe que no ha pagado una deuda, puede no querer oponer la prescripción". Articulado que fundamentaba la imposibilidad de tratar a la misma de oficio y la carga de las partes de oponerla si así lo consideraba; ello, en razón de proteger el derecho de defensa en juicio de ambas partes (acreedor y deudor).

Finalmente, vale señalar la modificación de plazos de prescripción que efectúa el Código Civil y Comercial, pues si bien no atañe directamente al ámbito procesal —por ser la prescripción una cuestión de fondo—, la acción que aquella extingue se ve reflejada —obviamente— dentro de un juicio y a través de un acto procesal, ya que su interposición —para ser declarada judicialmente— debe ser llevada a cabo dentro de un proceso judicial, oponiéndola ya sea por excepción o, como se vio, mediante una acción.

Por tal motivo, consideramos relevante, y merece su atención en este trabajo, la modificación efectuada por el nuevo Código, el cual reduce el plazo genérico de diez años que preveía el anterior art. 4023 CC, a cinco años (art. 2560 CCyC). La misma —o mayor— trascendencia conlleva el art. 2562 CCyC, al establecer una serie de plazos especiales, dentro de los cuales —en lo que aquí interesa— dispone el de dos años para “el reclamo de derecho común de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo” (inc. b). Si bien esto ya ha ocasionado diversidad de críticas, y muy probablemente generará un centenar de planteos jurídicos en un futuro próximo, debe reconocerse que tal disposición puso en igualdad de condiciones a todos los sujetos protegidos por el derecho del trabajo, al unificar el plazo de dos años a toda prescripción en el ámbito laboral y para cualquier supuesto, sin importar la vía judicial elegida. Ello, teniendo en cuenta no solo la prescripción bianual establecida en la Ley de Contrato de Trabajo (art. 256), sino también el mismo plazo previsto para las contingencias laborales reguladas bajo la ley 24.557 (art. 44).

## 5 | La aplicación de la ley procesal en el tiempo

Determinadas las normas procesales en el nuevo Código y asumiendo la constitucionalidad de la competencia del Congreso de la Nación para regular en materia de forma, cabe examinar qué repercusiones podría tener su aplicación en el tiempo respecto de las relaciones y situaciones jurídicas pendientes.

Es sabido que el legislador puede designar expresamente la fecha de entrada en vigencia del Código reformado, y la forma en que se deberán aplicar las normas procesales que incluye; o puede no designar nada,<sup>(13)</sup> tal como sucede en la ley 26.994 que promulgó el CCyC. Por ello, en lo que interesa al presente trabajo y siguiendo el criterio histórico de la Corte Suprema de la Nación, las normas de índole procesal, en caso de silencio, son de aplicación inmediata.<sup>(14)</sup>

(13) BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. I, 12ª ed. act., Bs. As., Perrot, 1999, p. 147.

(14) “Las leyes que organizan los procedimientos son de inmediato aplicables a los juicios en trámite, en tanto no se invaliden actuaciones cumplidas con arreglo a las leyes anteriores”,



No obstante, es preciso señalar ciertos razonamientos posibles de considerar al momento de resolver la aplicación de la norma procesal en el tiempo:

- I. Las nuevas normas procesales no podrían aplicarse a los procesos concluidos con sentencia firme, pues si se pretendiera su aplicación retroactiva ello sería jurídicamente inválido en razón de que, a nuestro criterio, al avanzar sobre los derechos "adquiridos" a partir de esa sentencia firme, la pretensión se volvería claramente inconstitucional.<sup>(15)</sup>
2. Según los arts. 5° y 7°<sup>(16)</sup> solo podrían aplicarse las nuevas normas procesales a partir de la entrada en vigencia del Código unificado, "a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes", es decir, a aquellos juicios iniciados y no concluidos, o pendientes de resolución, en lo que fuera pertinente y considerando la preclusión de actos o etapas realizadas. Pues, como tiene dicho la Corte Suprema: "las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia, aun en caso de silencio de ellas, se aplican de inmediato a las causas pendientes, siempre que no importen privar de validez a los actos procesales cumplidos,<sup>(17)</sup> o que no contengan disposiciones de las que resulte un criterio distinto".<sup>(18)</sup>

En relación a lo expuesto, no está de más recordar que el principio de preclusión hace a la estructura misma de los "juicios". En general, la idea de "proceso" impone que, agotados los plazos que se conceden para realizar los actos,

.....

así en la causa CSJN, "Medina", 1951, Fallos: 220:30. Más actuales, por ejemplo: CSJN, "Pluspetrol SA"; 2003, Fallos: 326:2095; "Y.P.F. S.E.", 2001, Fallos: 324:1411; "Cirigliano", 2000, Fallos: 323:1285; "Jorge García", 1998, Fallos: 321:1757, voto del juez Boggiano; "Francisco Costa", 1996, Fallos: 319:1915, voto del juez Fayt; "Yankunaite", 1958, Fallos: 242:308.

(15) CSJN, "Gaggiamo", 1991, Fallos: 314:1477.

(16) El Código Civil y Comercial dispone en los arts. 5° y 7° lo siguiente:

"ARTÍCULO 5°.- Vigencia. Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen".

"ARTÍCULO 7°.- Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".

(17) Las nuevas leyes no pueden "desconocer las actuaciones válidamente cumplidas con anterioridad a su sanción", *in re* "Bogado", 1958, Fallos: 241:123.

(18) CSJN, "Cafés, Chocolates Águila y Productos Saint Hnos. SA", 1961, Fallos: 249:343.

se considere “precluida”<sup>(19)</sup> la posibilidad de ejecutar los no realizados, y que habrían podido realizarse, o de reeditar los ya concretados,<sup>(20)</sup> debiéndose pasar a la etapa siguiente en pos de la sentencia de mérito.<sup>(21)</sup>

También cabe considerar la ultraactividad de normas derogadas para juicios “residuales”, pudiendo disponer el legislador expresamente que los procesos ya iniciados continúen su trámite según las normas procesales anteriores. Sin embargo, es preciso recordar lo postulado por la corte la Corte Suprema, en cuanto a que “se crearía una interminable confusión en los procedimientos si cada caso debiera ser solamente sustanciado de acuerdo con las reglas procesales vigentes cuando los hechos ocurrieron”.<sup>(22)</sup>

3. Otra alternativa posible es que las nuevas normas procesales del CCyC sean aplicables a los nuevos juicios, con prescindencia del momento de constitución de la relación jurídica invocada como fundamento de la pretensión.<sup>(23)</sup> Pues, en este caso, no se tendría en cuenta el momento en que nace el derecho, sino aquel en que se pide su tutela ante la justicia.<sup>(24)</sup>

Más allá de los supuestos detallados, merece especial atención lo sostenido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, al expresar que “no existe un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones”,<sup>(25)</sup> y que “la Constitución Nacional no impone una versión reglamentaria en materia de validez intertemporal de leyes, por lo que el legislador o el juez, en sus respectivas esferas, pueden establecer o resolver que la ley nueva destruya o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existente”.<sup>(26)</sup>

(19) La preclusión importa la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal (conf. COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, reimp., Bs. As., 1997, p. 90).

(20) CHIOVENDA, JOSÉ, “Cosa juzgada y preclusión”, en *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, t. III, Bs. As., 1949, p. 229.

(21) MILLAR, ROBERT W., “Los Principios Formativos del Proceso Civil”, Bs. As., 1945, p. 95. También GOZAINI, OSVALDO A., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. II, Bs. As., 2011, p. 334; PALACIO, LINO E., *op. cit.*, p. 205; COUTURE, EDUARDO J., *op. cit.*, p. 173.

(22) CSJN, “Magín Suárez”, 1987, Fallos: 310:2845.

(23) PALACIO, LINO E., *op. cit.*, p. 31.

(24) DEVIS ECHANDIA, HERNANDO, *Teoría General del Derecho Procesal*, 3ª ed. act., Bs. As., 2004, p. 84.

(25) CSJN, “Tinedo”, 1986, Fallos: 308:199.

(26) CSJN, “Francisco Costa e Hijos Agropecuaria”, 1996, Fallos: 319:1915.

## 6 | Conclusión

El derecho, en general, persigue la realización de un complejo de valores (seguridad, igualdad, paz, orden, libertad, justicia) mediante la tutela jurídica de todos ellos, armoniosamente combinados entre sí, y con la intención de garantizar el efectivo goce de los derechos reconocidos por ley.

Así, debemos recurrir a la idea de “ordenamiento jurídico” para admitir que el mismo está conformado por el conjunto de principios y normas vigentes en un lugar y en un momento determinado, para regir en una sociedad, regulando la actividad jurisdiccional.

En tal sentido, debemos tener en cuenta que el conjunto de principios proviene de la Constitución Nacional y determina la base de todo proceso y normas contenidas en los códigos procesales, leyes orgánicas y en los códigos y leyes sustanciales.

Desde esa perspectiva, la intención de esta breve nota sobre el Código Civil y Comercial consistió en sintetizar cómo, a partir del ejercicio reglamentario del Congreso de la Nación, se incluyen instituciones procesales y procesos completos entrelazados entre las normas sustanciales.

En tal sentido, expusimos sucintamente qué doctrinas explican las alternativas sobre esta competencia legislativa. Del mismo modo, se esquematizaron aquellos artículos del Código que regulan materia procesal, para mostrar su ubicación, incidencia y justificación, que algunas de estas disposiciones procesales muy probablemente reflejen en el derecho laboral.

En función de lo anterior se analizó también la cuestión que podría suscitarse con la aplicación de la ley procesal en el tiempo. En relación a ello, se precisó que deberán considerarse, como límites infranqueables, la existencia de sentencia firme o la preclusión consumada, para tener en mira —como campo de aplicación de las nuevas normas procesales— solo los conflictos de intereses pendientes de solución.

Por otra parte, consideramos que si bien el CCyC genera una expectativa social legítima en torno a la reglamentación de los derechos civiles y comerciales, no puede soslayarse que el mismo tiene extrema implicancia —en ciertos supuestos— en la rama del derecho del trabajo. En tal

sentido, creemos que la suerte que corra su implementación depende en gran medida en que se armonice con la regulación procesal local que le permita funcionar.

Por ello, en el contexto de la iniciativa, puede sostenerse que esta cuestión de las normas procesales alternadas entre las sustanciales es tan relevante que —podría decirse— no pueden dejarse libradas a tantas normas e interpretaciones como jurisdicciones deban conocerse en los juicios que suscite la aplicación de la legislación de fondo. Por la misma razón, entendemos que muchos de los aspectos procesales que incluye el nuevo Código deberán examinarse con detenimiento para cotejarlos con las actuales previsiones de los códigos de forma locales y poder determinar, eventualmente, si resultan aplicables en nuestro ámbito del derecho procesal laboral y, en tales casos, si es necesario proponer su adecuación.

De todos modos, será tarea de los operadores del derecho el perfeccionar y aplicar las instituciones en función de sus interpretaciones y las —amplias— facultades que el propio Código Civil y Comercial sancionado les otorga a los jueces para tal labor.

---

# La influencia del Estado constitucional y del neoconstitucionalismo en el Código Civil y Comercial

por IVAN D. KVASINA

## I | Introducción

El Código Civil y Comercial, que recientemente ha entrado en vigencia, entre muchos otros aspectos, consagra un cambio de perspectiva en lo referente, tanto al modo de funcionamiento del sistema de fuentes normativas —a partir de las cuales deben articularse las respuestas jurisdiccionales para la resolución de los conflictos—, como a los criterios que gobiernan la interpretación de dicho sistema normativo.

Teniendo en cuenta ello, el presente trabajo pretende describir el contexto y los antecedentes que enmarcan y dan sentido a este cambio de visión, para luego abordar el análisis de sus implicancias y su proyección sobre la tarea que deben efectuar los distintos operadores del sistema.

## 2 | Los arts. 1° y 2° CCyC

El art. 1° CCyC prevé 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”. Por su parte, el art. 2° CCyC establece: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus 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”.

Sobre el primero de los artículos Lorenzetti ha interpretado que implica:

... un cambio fundamental respecto de toda la tradición anterior, que solo se refería a la ley, y a la función del juez, que era aplicarla exegéticamente. En cambio, ahora el panorama se amplía sobremanera, ya que no se trata solo de la ley, sino de todas las demás fuentes: doctrina, costumbres. Asimismo, el Código recepta disposiciones contempladas en la Constitución y en los tratados internacionales, y contempla no solo las reglas determinadas, sino también los principios y los valores. Ello permite que el Código sea el eje articulador de todo el sistema, brindando coherencia mediante reglas y principios.<sup>(1)</sup>

En la obra colectiva dirigida por Rivera y Medina, por su parte, se interpreta que esta norma “... recepta cinco fuentes del derecho, tres de ellas ya vigentes en el anterior ordenamiento (...) A su vez innova incorporando dos: la Constitución nacional y los tratados de derechos humanos”. Explican: “En cuanto a la Ley Fundamental, su presencia obedece (...) a la creciente constitucionalización del derecho en su conjunto y, por lo tanto, del derecho privado”. Dentro de esa tendencia también incluye a los tratados internacionales sobre derechos humanos que “ostentan rango constitucional” y constituyen, según el art. 1º, “fuentes del derecho de conformidad con los cuales deben interpretarse las leyes civiles en los casos contenciosos”.<sup>(2)</sup>

La segunda de las normas citadas, según la opinión doctrinaria recién mencionada, recepta expresamente lo que en jurisprudencia y doctrina —nacional y comparada— se conoce como la interpretación “de conformidad con la Constitución”. Dentro de esa tesitura puede, asimismo, postularse que la normativa internacional sobre derechos humanos también permite

---

(1) LORENZETTI, RICARDO, *Código Civil y Comercial, comentado y concordado*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, p. 25.

(2) RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO, en Julio César Rivera y Medina (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. I, Bs. As., La Ley, 2015, p. 57 y 58.

coadyuvar a una mejor inteligencia de los textos legales. Así lo ha entendido Lorenzetti al afirmar que "el texto es innovador ya que se incluyen los tratados sobre derechos humanos, siguiendo en ello a una extensa jurisprudencia argentina que ha interpretado la ley en función de los tratados". Y agrega: "... cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque proveen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema".<sup>(3)</sup> La "interpretación conforme", pues lo es con referencia no solo a la Constitución nacional sino también, y fundamentalmente, acorde a las directrices que surgen de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Esto último es especialmente resaltado por Marisa Herrera al comentar las mismas normas. En primer término, hace referencia a un Código erigido sobre "bases o pilares constitucionales", superando la anterior disociación entre Constitución y Código Civil. El nuevo ordenamiento "no solo ha tenido en cuenta a la Carta Magna y a los tratados de derechos humanos que ella incorpora y eleva con jerarquía constitucional en la Reforma de 1994 (art. 75, inc. 22), sino también a un *corpus iuris* más extenso, al que se conoce bajo el nombre de 'bloque de la constitucionalidad federal', que es la principal fuente o 'fuente de fuentes' del CCyC".<sup>(4)</sup> Esta autora considera que los valores axiológicos contemplados en el Código Civil y Comercial "se fundan en principios y derechos de derechos humanos y se derivan de manera directa de la Constitución Nacional y de los tratados de derechos humanos en los que el Estado es parte. De este modo, se refuerza el diálogo expreso entre la CN y el CCyC, postura totalmente contraria a la adoptada por el CC".<sup>(5)</sup>

Kemelmajer de Carlucci también se ha detenido en el análisis de esta cuestión y ha sostenido que el Código adhiere a la tendencia denominada "constitucionalización" del derecho privado. Explica que ella es manifiesta desde el art. 1° en adelante y enfatiza que tal constitucionalización trata cuestiones de hondo calado cuya respuesta compromete, entre otras cosas, un determinado modelo de sociedad. La distinguida jurista identifica

(3) LORENZETTI, RICARDO, *op. cit.*, p. 34.

(4) HERRERA, MARISA; CAMELO, GUSTAVO, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera (dirs.), t. 1, Bs. As., Infojus, 2015, p. 47.

(5) HERRERA, MARISA; CAMELO, GUSTAVO, *ibid.*, p. 50.

varios pasajes del Código que evidencian esta tendencia. Entre ellas menciona los siguientes:

- a. El principio de igualdad real, que aparece en diversas figuras que tienen a la base en el reconocimiento de un sujeto considerado vulnerable, tales como las compensaciones económicas dispuestas para los casos de divorcio, nulidad de matrimonio y disolución de la unión convivencial, la regulación de las cláusulas abusivas para los contratos con cláusulas generales predispuestas, sea o no un consumidor, entre otras.
- b. La protección de la vivienda que se articula con claridad en el régimen de afectación de la vivienda (arts. 244 a 256) que amplía sensiblemente, según Kemelmajer, el ámbito de la ley 14.394, que se deroga.

La autora también hace referencia a la apertura al principio de autonomía, que es un despliegue del principio de libertad, se abre a todas las personas, modificándose las nociones tradicionales de menor de edad, capacidad, incapacidad, representación, y por entender que ya no son adecuadas para describir todo el régimen de los actos que involucran al niño y a la persona con limitaciones causadas por carencias de salud mental.<sup>(6)</sup>

No caben dudas, a partir de las opiniones hasta aquí reseñadas, que el Código Civil y Comercial plantea un esquema diferente de interacción normativa, donde se destaca el fuerte condicionamiento de la norma constitucional y convencional, tanto en el momento de la determinación normativa, como en el momento de la interpretación que deba hacer el operador del sistema (particularmente, el juez).

### 3 | El Estado constitucional y el neoconstitucionalismo

Somos de la idea de que el fenómeno recién expuesto (denominado por los autores citados como “constitucionalización” del derecho privado) forma parte de una tendencia más general que desde hace tiempo se viene abriendo paso e imponiendo tanto en los sistemas jurídicos europeos como en los latinoamericanos.

.....

(6) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “Pautas para interpretar el Código”, en *Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente*, Bs. As., Astrea, 2015, pp. 6 y 7.



Explica Paolo Comanducci que en los ordenamientos jurídicos de los principales países de la Europa continental (Francia, Alemania, España, Italia), también y sobre todo a partir de las deliberaciones de los respectivos tribunales constitucionales, se ha producido, desde la segunda mitad del s. XX, una progresiva constitucionalización del derecho. Se trata de un proceso al término del cual el derecho es "impregnado", "saturado" o "embebido" por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos.<sup>(7)</sup>

Otro autor italiano, Riccardo Guastini, explica que las principales condiciones de constitucionalización son:

- La existencia de una constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales.
- La garantía jurisdiccional de la Constitución.
- La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas programáticas sino preceptivas).
- La sobreinterpretación de la Constitución (se la interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos).
- La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares.
- La interpretación constitucionalizante de las leyes.
- La influencia de la Constitución en el debate político.<sup>(8)</sup>

Desde una perspectiva latinoamericana, Sánchez Gil y Carbonell explican que la diferencia entre un ordenamiento "constitucionalizado" y otro que no lo está consiste en que en el último, la Constitución, si tuviera algún carácter normativo, está limitada a ser un mero catálogo de restricciones a la actuación estatal, funge como un "orden marco" que solo es operativo al transgredirse claramente los límites prohibitivos que descriptivamente establece; y en el primero, en cambio, resulta ser un "orden fundamental"

(7) COMANDUCCI, PAOLO, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo", en AAVV, *Positivismo jurídico y Neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 85 y 86.

(8) GUASTINI, RICCARDO, "La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano", en *Estudios de teoría constitucional*, México DF, IJ-UNAM, Fontamara, 2001, p. 125.

que impone realizar determinadas acciones y ya no solo abstenciones al Estado y aun a las personas privadas.<sup>(9)</sup>

Es, a partir de este nuevo rol, que pasa a asumir la norma constitucional respecto de todo el resto del sistema normativo, que surge la noción de "Estado constitucional" como primer modo de aproximación conceptual a este proceso.

Manuel Atienza especifica que por "Estado constitucional" no se entiende simplemente el Estado en el que está vigente una constitución, sino el Estado dotado de una constitución (o incluso sin una constitución en sentido formal) con ciertas características, en especial la existencia de ciertos contenidos que limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del derecho.<sup>(10)</sup>

Según Chaumet, en el modelo del Estado constitucional todo el orden jurídico es concebido como un desarrollo positivo de los derechos fundamentales. Las normas constitucionales adquieren una fuerza expansiva fundamental a la hora de determinar el contenido de cualquier rama del derecho. Por ello se dice que las exigencias normativas derivadas de los derechos constitucionales ya no se verán como límites negativos y deberes de respeto, sino como exigencias de desarrollo y concreción de los mismos: ellos serán la fuente central para determinar qué se debe ordenar, prohibir y sancionar.

"En el Estado Constitucional cada decisión judicial debe concretar las exigencias constitucionales. En virtud de ello el control de constitucionalidad ya no se presenta como ausencia de contradicción con las normas constitucionales, sino que la rama debe además ser expresiva de una razonable determinación de los derechos que emanan de la Constitución".<sup>(11)</sup> En este contexto, explica Prieto Sanchís, que las constituciones se "rematerializan" y ofrecen soluciones y orientaciones en las más variadas esfe-

---

(9) SÁNCHEZ GIL, RUBÉN; CARBONELL, MIGUEL, *¿Qué es la constitucionalización del derecho?*, n° 15, Quid Iuris, 2011, p. 34.

(10) ATIENZA, MARIO, "Argumentación Jurídica y Estado Constitucional", en *Ideas y Derecho*, año II, n° 2, 2002, p. 153 y ss.

(11) CHAUMET, MARIO, "Neoconstitucionalismo y Capacitación Judicial", en *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios*, año 1, n° 1, Rosario, p. 270.

ras jurídicas: esto es, lo que se ha dado en llamar efecto impregnación o irradiación, que justamente significa el desbordamiento de un derecho constitucional que ahora inunda el conjunto del ordenamiento; ya no se trata solo de regular las relaciones entre los poderes del Estado, sino que casi podría decirse que todo conflicto jurídico, desde el horario de las panaderías al etiquetado del chocolate, encuentra alguna respuesta constitucional. La Constitución satura todo el sistema.<sup>(12)</sup>

Ahora bien, como una derivación directa de la consolidación del paradigma del Estado constitucional surge la presencia del neoconstitucionalismo, que se erige como una corriente de pensamiento jurídico de fuerte predicamento en la actualidad.

Dicha corriente encuentra origen en los ordenamientos jurídicos de los principales países de la Europa continental (Alemania, Francia, Italia y España) partiendo, sobre todo, de la actividad de sus respectivos tribunales constitucionales. Así se conformó una escuela de pensamiento que, posteriormente, se fue extendiendo a algunos países latinoamericanos mediante un proceso que, es necesario aclarar, reconoce distintos grados y matices.

Describiendo este proceso, Comanducci distingue el constitucionalismo del neoconstitucionalismo:

El constitucionalismo ha sido fundamentalmente una ideología dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales o de derechos fundamentales. Tal ideología, por un lado, tiene como trasfondo habitual, aunque no necesario, al iusnaturalismo que por un lado sostiene la tesis de la conexión identificatoria entre derecho y moral, y, por otro, tiene como adversario directo al positivismo ideológico (...) El neoconstitucionalismo, por su parte, no se presenta solamente como una ideología, y su correlativa metodología, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista.<sup>(13)</sup>

(12) PRIETO SANCHIS, LUIS, "Constitucionalismo y garantismo", en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, p. 48.

(13) COMANDUCCI, PAOLO, *op. cit.*, pp. 89 y 90.

A partir de estos últimos matices señalados, este autor clasifica a las distintas variantes de este pensamiento en: neoconstitucionalismo teórico, el ideológico y el metodológico. El primero de ellos, como teoría del derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización y el modelo que surge de ese proceso está caracterizado por una constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley. Se presenta como una superación de la teoría iuspositivista tradicional: “en particular, el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles”.<sup>(14)</sup> El neoconstitucionalismo ideológico, por su parte, no se limita a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales, pero más, destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución. Comanducci ubica en esta posición, entre otros, a Campbell y Zagrebelsky.<sup>(15)</sup> El neoconstitucionalismo metodológico sería, en la visión del autor que seguimos, una variante del ideológico y sostiene —al menos respecto a situaciones de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral— la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral, en contraposición al positivismo metodológico y conceptual. En este grupo Comanducci identifica a autores de la talla de Alexy y Dworkin.<sup>(16)</sup>

Desde nuestro ámbito universitario, la Dra. Lucía Aseff detiene su análisis en las dos últimas variantes de neoconstitucionalismo señaladas. Reflexiona esta autora:

En las vertientes no positivistas del NC [neoconstitucionalismo] se encuentran Robert Alexy, Ronald Dworkin y Gustavo Zagrebelsky,

.....

(14) COMANDUCCI, PAOLO, “Constitucionalización y teoría del derecho”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n° 350, p. 409.

(15) *Ibid.*, p. 411.

(16) COMANDUCCI, PAOLO, “Constitución y neoconstitucionalismo”, *op. cit.*, p. 98.

quienes por su filiación más cercana al jusnaturalismo afirman la existencia de una conexión necesaria entre el derecho y la moral, defendiendo una suerte de 'lectura moral' de la Constitución, lo cual deriva en una obligación más marcada de tener que obedecer sus reglas (...) Este giro implica no atenerse rígidamente al clásico modelo de subsunción que mediante un procedimiento silogístico proponía una interpretación técnicamente neutral de la ley —o que al menos aparecía teóricamente revestida de tal apariencia— para pasar a otro donde la ponderación del caso y el principio de razonabilidad permitirían al intérprete esta adaptación al esquema constitucional, aún si al hacerlo debiera apartarse en todo o en parte de la regla estatal.<sup>(17)</sup>

No podemos cerrar esta reseña sin aludir al pensamiento de uno de los principales referentes del derecho constitucional latinoamericano: el Dr. Miguel Carbonell. Este autor, mencionado en párrafos anteriores, distingue los siguientes elementos que caracterizan al neoconstitucionalismo:

- a. Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos.
- b. Prácticas jurisprudenciales en las que entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (eficacia entre particulares), el principio *pro personae*, etcétera.
- c. Desarrollos teóricos novedosos, los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial recién enunciada, pero también suponen aportaciones de frontera que contribuyen en ocasiones no solamente a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo.<sup>(18)</sup>

(17) ASEFF, LUCÍA, "Sobre el neoconstitucionalismo", en *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios*, Rosario, año 2, n° 2, p. 180 y ss.

(18) CARBONELL, MIGUEL, [en línea] [http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos\\_publico/to\\_pdf/101](http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_publico/to_pdf/101)

El panorama expuesto nos revela con claridad que en el mundo actual el modo de funcionamiento de la norma constitucional ha cambiado diametralmente. Ha dejado de limitarse a esbozar pautas organizativas, estructuradoras del Estado y del Gobierno, mutando hacia la consagración de un denso estatuto de derechos y tornándose exigente, motorizándose en todas sus normas y relativizando el papel mediador del legislador. La constitución adquiere omnipresencia e irradia sobre todo el resto del sistema, condicionando, no solo su validez, sino también su contenido y sentido. Ello implica, además, un cambio en el modo de entender y razonar el derecho como totalidad, como sistema.

Esto último ha incidido en la praxis jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales. Los jueces paulatinamente han tenido que aprender a llevar adelante su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se vuelve mucho más complejo. Cobran nueva relevancia las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, la proyección horizontal de los derechos, entre otros.

## 4 | El impacto del nuevo paradigma en la resolución de casos en el ámbito del derecho privado

Ahora bien, de lo hasta aquí expuesto puede inferirse que el fenómeno de la “constitucionalización” en el ámbito del derecho privado no es un dato nuevo ni encuentra su punto de partida en la redacción del Código Civil y Comercial. Desde hace varios años, y como se adelantó en el párrafo precedente, se advierte la aparición de decisiones judiciales sobre aspectos basales del derecho infraconstitucional que han sido justificadas desde principios constitucionales.

Así, por ejemplo, en el caso “González, Feliciano”, se ponderó la situación de la reclamante —damnificada de un accidente de tránsito— quien debió litigar cerca de nueve años para obtener un pronunciamiento favorable de segunda instancia. En el ínterin, la empresa responsable del accidente se presentó en concurso preventivo. El acuerdo homologado dispuso una

quita del 40% y un pago en 18 cuotas anuales, por lo que la cancelación de la deuda encontraría a la actora con 96 años de edad. El tribunal a cargo del proceso falencial dispuso el “pronto pago” en 24 cuotas mensuales, considerando su situación personal y el hecho de tratarse de una persona de avanzada edad. Con base en el derecho constitucional a la salud, y no obstante no gozar de ningún privilegio legal, se entendió que se justificaba ordenar un cobro preferente de su crédito, asimilándola a una especie de “privilegio”.<sup>(19)</sup> Alguna doctrina, apegada por cierto al viejo paradigma del “estado legal”, vertió ácidas críticas, llegando a sostener que el tribunal falló contra *legem*;<sup>(20)</sup> empero lo cierto es que la solución se articuló desde un grado normativo superior: la misma constitución.

Siguiendo similar orientación, y sobre la base de principios y reglas emanados de la Constitución Nacional y de tratados internacionales, la Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil en el caso “Freddo” condenó a que la demandada —dueña de una cadena de heladerías— contratara exclusivamente personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad o asimetría claramente discriminatoria que se observaba en su política de contratación de dependientes. A tal fin, debía presentar a la actora un informe anual y permitirle el acceso a la información correspondiente.<sup>(21)</sup>

Otro claro ejemplo de esta tendencia lo representa el fallo plenario dictado por la Cámara Nacional Comercial sobre la problemática de las ejecuciones de títulos de crédito contra consumidores que residen fuera de la jurisdicción del Tribunal ante el cual se promueve el juicio. En el voto del Dr. Heredia se explica “la abstracción cambiaria, lo mismo que cualquier otra disposición especial que deriva del derecho común, no puede prevalecer sobre las leyes generales de carácter constitucional dictadas por el Congreso de la Nación, en cumplimiento o ejercicio de la Constitución misma. Los derechos del consumidor son una especie

(19) CAPEL. CIV. Y COM. SAN ISIDRO, Sala 1, “González, Feliciano c/ Microómnibus General San Martín SAC”, 18/05/2004, en Sup. CyQ, septiembre de 2004, 30, con nota de Jorge Mosset Iturraspe, IMP 2004-17, 215, en LLBA, septiembre de 2004, 818, con nota de Darío J. Graziabile, en Sup. CyQ, noviembre de 2004, 38, con nota de Edgardo D. Truffat).

(20) *Ibid.*

(21) CNAC. APEL. CIV., Sala H, 16/12/2002, “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo SA”, en LL 2003-B, 970, con nota de Eduardo Gregorini Clusellas, en DT 2003-A, 364.

del género derechos humanos o, más particularmente, un derecho civil constitucionalizado”.<sup>(22)</sup> Ponderando los distintos bienes en juego, la Cámara reconoció prevalencia al derecho de acceso a la justicia y admitió la declaración de incompetencia territorial, aún de oficio, en las ejecuciones promovidas contra personas físicas cuyo domicilio real está a considerable distancia del lugar donde la empresa ha deducido su demanda.

En el ámbito del derecho del trabajo es insoslayable la mención al fallo “Alvarez c/ Cencosud SA” dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En dicha oportunidad, el Alto Tribunal ponderó la tensión entre los derechos reconocidos por los arts. 14, 14 bis y 16 CN, confirmando una sentencia que había ordenado la reinstalación del trabajador y la reparación económica con fundamento en la ley 23.592.

En su razonamiento, la Corte entendió que para resolver la cuestión debían precisarse los dos ámbitos del derecho constitucional de los derechos humanos que concurrían en el caso: por un lado, el principio de igualdad y prohibición de discriminación con fundamento en la dignidad humana y, por el otro, la proyección de dichos contenidos sobre la ley 23.592 a las relaciones laborales y el derecho a trabajar.

Se recordó que el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, previsto en el art. 16 CN, desde su origen, fue reafirmado y profundizado por el “bloque de constitucionalidad federal”, es decir, por el conjunto normativo integrado por la propia Constitución y los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos que, desde 1994, tiene jerarquía constitucional.

El Tribunal cimero determinó el alcance que debe darse en la actualidad al principio de igualdad y la prohibición de discriminación en el marco de los términos de los instrumentos internacionales citados, como máxima consagración y entidad, toda vez que forman parte del *ius cogens*, “puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico de orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”. Consideró que el reconocimiento es de carácter imperativo,

.....

(22) CNAC. AP. COM., en pleno, *in re* “Autoconvocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores”, en JA, 2011-III-285.



constituye una obligación *erga omnes* de protección que vincula a todos los Estados y a los particulares e incluso la exigencia internacional de realizar, por parte de los Estados, acciones positivas dirigidas a evitar y sancionar dicha discriminación, de lo cual es un ejemplo la ley 23.592.<sup>(23)</sup>

En definitiva, las soluciones jurisprudenciales reseñadas revelan una tendencia a la elaboración de respuestas que no reconocen fundamento normativo primario en la legislación civil, comercial o, en su caso, laboral, sino que ella es resignificada o, en algunos casos, directamente desplazada por la norma constitucional.

## 5 | Nuestra perspectiva

La afirmación contenida en el último párrafo del punto precedente identifica, quizás, el elemento característico del paradigma que se abre paso en estos tiempos.

Zagrebelsky ha interpretado magistralmente este proceso en tanto considera superados a los postulados del paradigma del Estado liberal de derecho, caracterizado como un Estado legislativo que se afirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad. Desde la vieja perspectiva, la legitimidad del obrar de las partes en una relación jurídica regida por el derecho privado únicamente debía evaluarse a partir de su comparación con la ley formal, entendida esta como máxima expresión del derecho y excluyente o hegemónica respecto de las demás fuentes. Este pensador postula que las constituciones contemporáneas intentan superar tal esquema de razonamiento jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria, incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por tanto, contener (orientándolos) los desarrollos contradictorios de la producción del derecho. "... La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición".<sup>(24)</sup>

En una posición que puede considerarse afín a la recién descrita, el maestro Germán Bidart Campos, inspirado en la doctrina española, nos

(23) LL, 2011-A, 372.

(24) ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Marina Gascón (trad.), Madrid, Trotta, 1999, p. 24 y 40.

enseñaba que “toda la constitución es jurídica, es norma jurídica, es derecho y, por ende, vincula a los poderes públicos y a los particulares, obliga, debe ser aplicada y es aplicable, tiene que funcionar, ha de encarnarse en la realidad sociológica de las conductas humanas (...) Precisamente, es la juridicidad de la constitución toda la que, desde la misma cúspide donde está situada, proyecta su vigor y exige acatamiento pleno”.<sup>(25)</sup>

En rigor, y siguiendo a Prieto Sanchís, los sistemas jurídicos actuales se están estructurando alrededor de la idea de:

- a. la existencia de una Constitución jurídicamente normativa, que no es solo una mera declaración de valores y principios políticos, sino que es ella una norma jurídica más, capaz de disciplinar relaciones no solo entre el Estado y el ciudadano, sino especialmente las que ocurren entre particulares;
- b. la existencia de una Constitución rematerializada, que denota la presencia ya no solo de normas competenciales y/o procedimentales, sino el desembarco en ellas de un significativo cuerpo de normas con denso contenido axiológico, concretadas en valores, principios, directrices y derechos fundamentales; y
- c. la existencia de una Constitución directamente aplicable, que no requiere de intermediación legislativa para que sus normas manden, prohíban o permitan, sino que cualquier juez, y especialmente los que ostentan competencia constitucional, pueden dirimir toda clase de conflictos de relevancia jurídica acudiendo a ella.<sup>(26)</sup>

Por lo tanto, la recepción de los postulados básicos del Estado constitucional en los arts. 1° y 2° CCyC constituía una consecuencia ineludible del proceso de evolución que se observa en los sistemas jurídicos modernos. Un paso necesario, por otra parte, para asegurar una más efectiva y expedita tutela de los derechos fundamentales y de los derechos humanos en el ámbito de las relaciones entre particulares. Dentro de ese contexto, es claro que asistimos a un proceso de reordenamiento del sistema de fuentes del derecho argentino con la consecuente reubicación de la ley —y del Código— dentro de aquel.

La ley, como tal, ha dejado de ser la norma principal del ordenamiento jurídico, ya no es incondicionada ni omnipotente. Por el contrario, se encuentra

(25) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “La fuerza normativa de la Constitución”, en *El Amparo Constitucional. Perspectivas y modalidades*, Bs. As., Depalma, 1999, p. 1.

(26) PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Constitucionalismo y Positivismo*, México DF, Fontamara, 1997, p. 119.

claramente subordinada en su significado, alcance y operatividad a la Constitución y a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Se debilita, de tal manera, la tesis de la “mediación de la ley”. Así, la ley no puede “mediar” como quiera, sino que debe resultar razonable, y no debe alterar o menguar el vigor del derecho que la Constitución y los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional enuncian, sino que debe transformarse en un medio de concretización de aquel derecho.

En lo que ahora nos ocupa, somos de la idea de que el fenómeno que describimos impacta en el modo de abordar el análisis jurídico de las relaciones entre los particulares, anteponiéndose un necesario enfoque constitucional, en tanto parece claro que, en la actualidad, los derechos constitucionales rigen igualmente los vínculos entre sujetos privados, como en la relación entre deudor y acreedor, entre empleador y empleado, entre usuario y consumidor y el prestador de servicios o el fabricante o intermediario de productos. De tal modo, los contratos, por ejemplo, tienen que entenderse primero según las pautas constitucionales regulatorias del mercado y recién después de acuerdo con las reglas codificadas en el ordenamiento civil y comercial, o las previsiones individuales y concretas de quienes los suscriben o adhieren a ellos.

En definitiva, el análisis interpretativo del derecho deberá comenzar por la Constitución y los tratados sobre derechos humanos para pasar luego, y posteriormente, al derecho infraconstitucional; y en ausencia de previsión expresa en este último siempre deberá extraerse una solución concreta desde la normativa superior.

## 6 | A modo de conclusión

Somos de la idea de que el proceso hasta aquí descrito no implica, desde luego, la desaparición de la ley ni la pérdida de su función reguladora. Mucho menos su directa sustitución por las normas del bloque de constitucionalidad. Se trata, en rigor, de una reubicación y una resignificación de la ley dentro de un nuevo modo de organizar el funcionamiento del sistema de fuentes de nuestro sistema jurídico.

En tal sentido, parece ambiciosa y audaz la idea de Lorenzetti basada en concebir al Código Civil y Comercial como un eje articulador de todo el

sistema; proporcionador de coherencia a través de la consagración de distintos principios y reglas. Empero, somos de la idea de que en el actual Estado constitucional y democrático de derecho el verdadero eje articulador del sistema, está dado por las reglas y principios que surgen del bloque de constitucionalidad federal (entendido este como el conjunto de normas dotadas de supremacía conformado por la Constitución textual y los tratados internacionales sobre derechos humanos dotados de jerarquía constitucional). Desde allí, por un fenómeno de irradiación, parten las directrices que condicionan la aplicación y la interpretación de todo el resto de las fuentes que integran el ordenamiento.

En tales condiciones, el desafío de los juristas contemporáneos reside en comprender estas transformaciones. A los académicos les tocará la compleja tarea de reflexionar acerca de este proceso y transmitir con claridad las implicancias de esos cambios. A los jueces, les corresponderá el reto más arduo: operar racional y armónicamente este nuevo y "reordenado" ordenamiento jurídico.

---

# ¿El Código Civil y Comercial como posible simbiote del trabajador?

## Prospectiva de los siniestros laborales como deudas de valor en moneda extranjera

por **NICOLÁS ALEJANDRO OCCHI**

### I | Introducción

El artículo analiza la incorporación de la deuda de valor en moneda extranjera como parámetro de impacto del Código Civil y Comercial en la reparación de los daños provenientes de los infortunios laborales. Dado que en esta materia se ha restablecido el derecho de opción por la vía civil y que las tarifas de la Ley de Riesgos de Trabajo sufren detrimentos a manos de la depreciación monetaria, se conjetura que este novísimo instrumento jurídico puede auxiliar —bajo ciertas condiciones— al trabajador, permitiéndole alcanzar la mentada reparación plena.

### 2 | Semblanza pertinente de la interacción evolutiva entre el derecho civil y el derecho del trabajo

Actualmente, el entrelazamiento del derecho civil y el laboral nos remonta sin pausa al vínculo materno-filial como ícono usual de la escisión del

último. Etala refiere —citando a Justo López— que el derecho del trabajo fue una de las últimas ramificaciones del derecho civil, recordando que el contrato de trabajo es derivación del contrato civil de locación de servicios:

... el derecho civil, identificado como derecho privado general o común, se constituye en necesaria fuente subsidiaria de todas las restantes ramas del derecho (...) Esto ocurre porque las demás ramas del derecho privado, al igual que el derecho del trabajo, no agotan la regulación jurídica de su propia materia, es decir, carecen de integridad y cuando sus normas no prevén un caso dado es necesario recurrir al derecho civil.<sup>(1)</sup>

La metáfora familiar y su corolario interpretativo no siempre fueron tan armónicos con el “nuevo derecho”.

Resulta simbólico que, en Argentina, los riesgos del trabajo motivaron —hasta donde sabemos— la primera disputa “táctica” entre dos doctrinarios precursores. La obra disruptiva de Alfredo L. Palacios, *El nuevo Derecho*, comienza con un primer capítulo que hace referencia a aquella, pues él postulaba que el Código Civil ya no respondía a las exigencias modernas y que urgía el apareamiento de la “legislación obrera”, mientras que otra tendencia era la suficiencia de la legislación civil. Juan Bialek Massé —el otro protagonista del episodio— escribió un libro titulado *La responsabilidad civil en el derecho argentino*, sosteniendo que el Código Civil se había adelantado medio siglo a su época y que, si bien Vélez no había legislado especialmente los accidentes del trabajo bajo dicho nombre, la completitud y precisión de las normas de responsabilidad civil abarcaban y resolvían expresamente todos los casos. Palacios, en cambio, defendía la legislación especial que tanto promovía, habiendo logrado la sanción de la Ley de Accidentes del Trabajo. Por ello, el primer diputado socialista de América escribió:

Bialek Massé, que admiraba con exceso a nuestro codificador, era un espíritu generoso y patriota. Su libro fue escrito en 1903 y en esa época no se había dictado todavía ninguna ley del trabajo en el Parlamento argentino. Se habían producido, sí, serias perturbaciones con motivo de las huelgas de 1902, que dieron

(1) ETALA, CARLOS A., *Contrato de trabajo*, 6ª ed., Bs. As., Astrea, 2008, p. 15.

origen a la ley inconstitucional de extrañamiento de extranjeros. Nuestro país en plena formación, con elementos heterogéneos, razas distintas, recibía a diario el aluvión humano, y Bialet Massé sabía que era necesario crear el alma nacional para formar nuestro pueblo; por eso, alarmado frente a la gran masa extranjera, que traía, sin embargo, elementos étnicos y procedimientos políticos adelantados, predicaba el amor a la tradición argentina y como no había leyes tuitivas de la clase trabajadora, violentaba, generosamente, los preceptos del Código y encontraba en ellos los principios más adelantados del nuevo derecho....<sup>(2)</sup>

En los albores del siglo XXI, tras la flexibilización laboral que corrió raudamente por la década de los 90, se patentiza una suerte de dialéctica hegeliana. Vázquez propugna el regreso al cobijo maternal para la protección del trabajador, convencida de que "...el derecho civil ha de ser consultado como a todas las madres, que son siempre generosas en cuanto a brindar ese aliento o soplo vital que conduce a los hijos por lo rectos caminos del progreso y el porvenir, que no son otros que los del avance del derecho como herramienta de la solidaridad, la justicia social y la equidad"<sup>(3)</sup>. La parábola del hijo pródigo no debiera saltar a la mente del lector si considerara que, para fines del siglo XX, en Argentina se había arribado a la paradoja de que un derecho tuitivo terminó desamparando al destinatario de su propia razón de ser.<sup>(4)</sup> Que la metáfora parental descanse por un momento.

Un laboralista de la talla de Krotoschin no había cerrado del todo dicha puerta para su objeto de estudio, sentenciando que:

La diferenciación que así se establece entre el derecho del trabajo y el derecho común no ha de ser, por lo tanto, necesariamente perpetua, sino que bien es posible que en algún tiempo futuro ambas ramas vuelvan a confundirse. Pero en la actualidad, y sobre todo en cuanto a la realidad argentina, el

(2) PALACIOS, ALFREDO L., *El nuevo Derecho*, 5ª. ed., Bs. As., Claridad, 1960, p. 76.

(3) VÁZQUEZ, GABRIELA A., *El regreso al derecho civil para la protección del trabajador*, Bs. As., Educa, 2004, p. 248.

(4) MOSSET ITURRASPE, JORGE, "Daño moral en la extinción del contrato de trabajo", en *Revista de Derecho Laboral*, 2000-1, pp. 182/183.

derecho del trabajo aún tiene que cumplir con su misión particular, y en vez de confundirse con el derecho común parece más probable que por algún tiempo aún progrese alejándose de él....<sup>(5)</sup>

Lo cierto es que las demandas laborales rompieron con la endogamia normativa, y una renovada jurisprudencia de la Corte Suprema nacional cruzó el Rubicón en el 2004, a poco de sancionada la Ley 25.877 de Ordenamiento Laboral. "Aquino" como caso bisagra —en lo que nos interesa— resalta que la siniestralidad laboral solo tuvo como separación forzosa del derecho común a la ley 24.557: "... la LRT, al excluir la vía reparadora del Código Civil eliminó, para los accidentes y enfermedades laborales, un instituto tan antiguo como este último (v. Fallos: 123:379), que los cuerpos legales específicos no habían hecho más que mantener, como fue el caso de la ley 9688 de accidentes del trabajo, sancionada en 1915 (art. 17)".<sup>(6)</sup> Los veredictos recaídos en "Díaz", "Avila Juchami" y "Rivarola" simplemente agrietaron la hendidura de la represa, hasta que —en nuestro criterio— "Llosco" y "Cachambí" demostraron con la afamada "doble vía" contra diferentes deudores (reclamo civil contra el empleador tras el cobro de la tarifa), que el derecho especial no "regresaba" a la fuente nodriza, sino que "venía acompañado" de su propia matriz para conformar un dúo protagonista del aumento progresivo de las alicaídas reparaciones sistémicas. Esta última doctrina judicial consignó que las aseguradoras del ramo debían hacerse cargo hasta el límite de la póliza, mientras que el empleador debía costear lo no cubierto.

El fin —a nivel legal— del muro que separaba absolutamente ambos sistemas llegó con el "Régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales" (ley 26.773), que deroga el art. 39.1 de la Ley de Riesgos del Trabajo, al tiempo que instituye que: "Los damnificados podrán optar de modo excluyente entre las indemnizaciones previstas en este régimen de reparación o las que les pudieran corresponder con fundamento en otros sistemas de responsabilidad. Los distintos sistemas de responsabilidad

(5) KROTOSCHIN, ERNESTO, *Tratado práctico del Derecho del Trabajo*, 2da. ed., Bs. As., Depalma, 1965, t. I, pp. 8/9.

(6) CSJN, "Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA s/accidentes ley 9688" 21/09/2004, considerando 10° del voto de Petracchi.



no serán acumulables" (art. 4º, párr. 2º, ley 26.773). En menos palabras, el legislador se ciñó con rigor a la idea fuerza del "retorno" dado que, omitiendo el criterio de la Corte federal, devolvió el derecho de opción excluyente por la vía civil, con competencia de la justicia civil cuando se ejerciese dicha elección (a imagen y semejanza de la ley 24.028, art. 16).

Sin embargo, un cotejo más cauteloso nos permite aventurar que en esta ocasión el "regreso" está condicionado de antemano. Los parlamentarios, respecto de los infortunios laborales, han preferido un "régimen de visitas" que desaliente la presencia asidua del derecho civil en los estrados y, en consecuencia, han dictado que si la sentencia judicial sobre derecho común resultare por un importe inferior al que hubiera correspondido abonar por aplicación del régimen laboral específico, el excedente deberá depositarse a la orden del Fondo de Garantía de la ley 24.557 (art. 6º, párr. 3º, ley 26.773).

No obstante, sin escuchar estos últimos bemoles, podemos convenir en que la influencia del derecho civil sobre el laboral es —nuevamente— derecho positivo con firmeza judicial. Precisamente, a partir del Código Civil como piedra basal, el Máximo Tribunal —no siempre con unanimidad— ha construido una profusa jurisprudencia que significa la condena civil de una ART por omisión de cumplimientos en seguridad e higiene (art. 1074 CC, "Torrillo") hasta decidir la improcedencia de aplicar fórmulas para calcular el monto de las reparaciones integrales ("Aróstegui", "Lucca de Hoz", etc.).

Como bien apunta Formaro, el nuevo instituto legal al que nos dedicaremos (deuda de valor) no se ciñe a los infortunios laborales, ya sean accidentes o enfermedades, pues la legislación laboral también remite a la común en otros casos como la ruptura anticipada en el contrato a plazo fijo (art. 95 LCT), daños morales autónomos junto a la denuncia del contrato, discriminación (art. 1º, ley 23.592).<sup>(7)</sup> Sin embargo, nos contentaremos con recortar para abarcar el ítem de mayor repercusión diaria.

Hasta aquí, la sinuosa crónica se sirve de una descripción prieta y cuidadosa del orden temporal de los sucesos. Se patentiza que, lejos de mostrar

.....

(7) FORMARO, JUAN J., en Alberto J. Bueres (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación: analizado, comparado y concordado*, Bs. As., Hammurabi, 2014, p. 485.

las tensiones de antaño, los infortunios son un ejemplo de la dependencia relativa que tiene la disciplina laboral en relación a la civil. La misma LRT (texto según ley 26.773) envía a los preceptos civiles, empero —parecería— sin que puedan concurrir con los del estatuto especial.

Requerimos del diagnóstico anterior puesto que nuestro aporte toma a la inexistencia legal de la libre opción o de la acumulación de ambas prestaciones como premisa mayor, sin que descartemos que, en la práctica judicial, dichas aspiraciones puedan ser concretadas, pero restarán exclusivamente como contingentes. Para salir de la neutralidad del discurso descriptivo, nada mejor que retomar las alegorías: ¿es completamente ajustado el enfoque consanguíneo? ¿Hasta qué punto la madre será siempre generosa con el invalidado?

### 3 | La inflación como presión ambiental y el nominalismo como verdadero depredador

Si la moneda de curso legal mantiene realmente estable su valor no hay problema para tomarla como unidad de medida. No es la habitualidad de nuestro país. Tampoco es una anormalidad autóctona. La distinción entre deudas pecuniarias y deudas de valor aparece y se desarrolla en Alemania e Italia con posterioridad a la Primera Guerra Mundial. Aunque, revaluada por instantes, la moneda —mejor dicho, su valor— cambia con el transcurso del tiempo, perdiendo su poder adquisitivo en línea descendente, en lo que ya parece ser una ley universal. Mayoritariamente, se conoce con el nombre de inflación a la pérdida persistente de poder adquisitivo de la moneda.<sup>(8)</sup>

De los últimos 70 años, Argentina tuvo una inflación menor del 10% anual en solo 18 años —es decir, tan solo el 26% del tiempo— y la mitad de esos años de baja inflación estuvo concentrada en la década en que estuvo

(8) Este es el concepto imperante en la contabilidad, aunque algunos economistas la consideran como el exceso de la cantidad de dinero circulante en relación con su cobertura (encaje). Es decir, se produciría inflación desde que los signos fiduciarios en circulación sobrepasan las necesidades normales del comercio.

vigente el Plan de Convertibilidad del Austral.<sup>(9)</sup> Se deduce con facilidad que las prestaciones dinerarias de la Ley de Riesgos del Trabajo convivieron con este fenómeno económico más tiempo del aconsejable.

Por otro lado, y pese al desarrollo moderno de la teoría jurídica del dinero, una gran parte de la jurisprudencia y de la literatura laboralista hace una utilización promiscua de términos económicos, confundiendo problemas distintos. Es objetivo especial de nuestro propósito reencauzar tal estado para facilitar a los operadores jurídicos la tarea de liquidar la indemnización correspondiente.

Resulta necesario diferenciar las alteraciones intrínsecas<sup>(10)</sup> que provocan la fluctuación en el valor de las monedas. La "depreciación monetaria" es el envilecimiento de hecho de la moneda, y la "desvalorización monetaria" es el envilecimiento legal. La primera constituye un fenómeno económico: es la pérdida de poder adquisitivo de la moneda en los mercados de cambios, o de bienes, o en ambos a la vez, en un proceso continuo y siempre variable; la "desvalorización" constituye en cambio un acto legislativo que fija una relación entre una divisa y la unidad monetaria a un nivel inferior al del antiguo cambio.<sup>(11)</sup> Pero tampoco olvidemos que también el valor de la moneda puede aumentar. A la inversa que en el caso anterior, un movimiento alcista ("apreciación") perjudica a los deudores en favor de los acreedores, pues los primeros contrajeron su obligación en moneda depreciada.

A pesar de la disimilitud conceptual, su confusión en derecho se explica porque una como otra carece de trascendencia en lo que respecta a las deudas pecuniarias, las cuales, mientras la unidad fundamental del sistema se mantenga invariable, habrán de satisfacerse por el simple valor nominal. Reiteramos, las alteraciones del valor son variables e inciertas, incluso no oficiales: la moneda es en sí misma independiente de las fluctuaciones de su valor. En suma, la igualdad nominal no deja de atribuir un poder de compra inferior o superior, según sea el momento de contracción de deuda y el tiempo de su extinción.

(9) UTRERA, GASTÓN, *La inflación: cómo comprender y combatir la enfermedad crónica de Argentina*, Bs. As., Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la CABA, 2013, p. 9.

(10) Las extrínsecas se deben a la introducción de un nuevo sistema monetario con correlativa supresión del vigente con anterioridad (lo que no interesa a nuestro trabajo).

(11) TRIGO REPESAS, FÉLIX A., *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, 2ª. ed., La Plata, Librería Editora Platense, 1978, p. 8.

En paralelo, otro lugar común equivocado en la comprensión de la inflación es el argumento de que perjudica a quienes tienen ingresos fijos, refiriéndose generalmente a los asalariados. Sin embargo, cuando los sueldos suben a un ritmo mayor que la inflación, el poder adquisitivo de sus ingresos mejora proporcionalmente. No se trata de una situación hipotética. Ocurrió durante el 2011 en nuestra Nación.<sup>(12)</sup> Claro está que la indemnización que se liquida judicialmente no ostenta esa permanencia para sortear la depreciación monetaria. No obstante, de darse esa situación peculiar, el ajuste semestral automático —mediante el coeficiente RIPTE que prevé la ley 26.773 (art. 8°)— favorecerá a un trabajador cuya primera manifestación invalidante acaezca durante un período a la baja, revertido a la hora del pago. Rememoramos: dicho índice parte de los aumentos salariales y no sigue el aumento o descenso del costo de vida. Ello, explica el beneplácito de una importante parte del *iustlaboralismo* por la aplicación del coeficiente RIPTE a contingencias anteriores a la publicación de la ley 26.773 en el Boletín Oficial (art. 17.5).

Si los trabajadores aumentan sus ingresos en términos reales, el accidentado tendrá la misma consecuencia benévola. En sentido contrario, si la inflación sigue aumentando el costo de vida y, en forma concomitante, se devalúa —menoscabando los ingresos reales de la masa trabajadora— la reparación del infortunio por una deuda de valor afinada debería ser sustancialmente superior. Este ensayo demuestra que la corrección de una deuda por un coeficiente no se equipara al beneficio teórico de la deuda de valor:

... la fijación de la deuda “a valores actuales” no importa actualización monetaria, porque el reconocimiento de esta categoría de obligaciones (de valor) supera aquel problema, ya que no es el dinero sino un valor a que tiene derecho el acreedor, y sólo para liquidar será preciso tener presente el valor de cambio de la moneda que se utilizará al momento de pago. En la obligación de valor no se “indexa” ni se “reajusta” nada. Solo se determina cómo se paga un valor debido.<sup>(13)</sup>

Decimos que el beneficio es teórico porque esta investigación no se entromete con la problemática de lo que es, o no es, una reparación integral

(12) *Ibid.*, p. 167.

(13) FORMARO, JUAN J., *Incidencias del Código Civil y Comercial: Derecho del trabajo*, Bs. As., Hammurabi, 2015, p. 104.

o plena, lo que incluye la elección de un sistema de fórmula matemática o uno basado en la discreción judicial.

Hasta aquí se deja sentado que la inflación no es decisiva mientras la deuda dineraria se actualiza (lo que prohíbe el nominalismo),<sup>(14)</sup> pues puede mejorar la suerte del acreedor o del deudor, según los eventos. En cambio, partiendo de la premisa con la que finalizamos el párrafo anterior, la deuda de valor evitará en todo momento el empobrecimiento del trabajador socavado.

Contemplemos que durante la devaluación de 2002, el índice RIPTE (base 07/94) de enero de 2002 muestra una remuneración promedio de \$875,77 y, para el mismo mes de 2015, alcanzó la cifra de \$11.997,96. Así, se evalúa un incremento salarial de 1370% contra una devaluación del peso, durante el mismo tramo, de alrededor del 900%. Entonces, la indexación de prestaciones dinerarias, en principio, ha beneficiado al infortunado porque la actualización salarial sobrepasa la devaluación.

Para continuar demostrando la independencia entre la depreciación y la desvalorización, recurrimos a un ejemplo contemporáneo de nuestro país. Desde el 2002, el peso argentino pasó de una paridad legal con el dólar estadounidense (\$1 = US\$1) a un régimen de cambio flotante que marca —en el presente— una relación de \$9,30 = US\$1.<sup>(15)</sup> Es claro que hubo una “desvalorización monetaria”. Sin embargo, el peso argentino desde aquel suceso, se “apreció monetariamente” en relación a las monedas de sus principales socios comerciales, llegando a una situación semejante a la que vivíamos en 1998.<sup>(16)</sup> Entonces, aunque nuestra moneda pudiera ser valiosa fuera de nuestras fronteras, no estaría garantizado el cambio favo-

(14) ALTERINI, Atilio A., *et al*, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 2ª ed., Bs. As., AbeledoPerrot, 2003, pp. 285, 480 y ss. El nominalismo clásico no acepta que la deuda dineraria sea indexadas por un “multiplicador de actualización”, como ocurre con la ley 23.928. En cambio, la doctrina discrepa en cuanto a la categorización de la deuda dineraria sujeta a cláusula de estabilización: para un criterio se trata de una deuda de valor propiamente dicha. Para la tesis negativa, que se asienta en que la deuda de valor no tiene referencia inicial a una cantidad de dinero, sino a un valor, siguen siendo deudas dinerarias. Por su parte, la jurisprudencia estimó que la actualización no hace a la prestación más onerosa que en su origen.

(15) Tomado a mediados de agosto de 2015.

(16) Ver el Índice del Tipo de Cambio Real Multilateral del Banco Central de la República Argentina, publicado mensualmente, [en línea] [www.bcra.gov.ar](http://www.bcra.gov.ar)

rable en el mercado doméstico, y por lo tanto el damnificado podría no quedar cubierto, pese a un coeficiente de ajuste que aparece bondadoso a primera vista. Trigo Represas cita un fallo de la Sala A de la Cámara Nacional en lo Comercial donde se acordó un plus en el monto de la condena por concepto de la depreciación operada “en lo que concierne al aumento de vida y precio de los artículos de primera necesidad, pese a la falta de devaluación de nuestro signo monetario en relación al cambio internacional”.<sup>(17)</sup>

Ahondar en los ejemplos nos llevaría a temas ajenos a la investigación como lo son la “doctrina del valor corriente”,<sup>(18)</sup> la “tasa de cambio implícito” o la tasa de cambio real (TCR). Por ahora, importa reiterar que la inflación —por sí sola— no representa un menoscabo a las reparaciones tarifadas de riesgos laborales, aunque la deuda de valor cubriría siempre la depreciación.

Por supuesto, las complejidades que enfrentará el magistrado para cuantificar el monto de la deuda de valor, conforme se va reseñando, insinúan la conveniencia de que el juez determine el monto directamente en una moneda extranjera, históricamente constante en su valor. La jurisprudencia de la Corte IDH expresa que la reparación debe conservar el valor real de la suma percibida, para que esta pueda cumplir su finalidad compensatoria, acentuando que “una de las vías más accesibles y comunes para lograr ese propósito es la conversión de la suma a una de las llamadas divisas duras”.<sup>(19)</sup>

Dicho tribunal ha adoptado como práctica constante la utilización del dólar de los Estados Unidos de América —montos pagaderos en moneda nacional del Estado demandado al tipo de cambio del día anterior al pago— como divisa “dura” para el cálculo de la indemnización compensatoria y —asegura— que ha constatado que la previsión garantiza el valor adquisitivo de los montos ordenados.

.....

(17) “Aguirre Bárcena c/Arias” [15/02/1971], en TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *op. cit.*, p. 39.

(18) Es una de las teorías básicas para establecer qué debe tomarse por el valor del dinero, contrapuesta a la tesis nominalista. Fue expuesta por primera vez por Savigny y, fundamentalmente, señala que la moneda vale en función de la ley de la oferta y la demanda.

(19) CORTE IDH, “Loayza, Tamayo c/Perú”, 27/11/1998; “Reparaciones y Costas”, parág. 127.

Nuestro razonamiento enfoca la atención en que el desamparo del accidentado o del enfermo a causa del trabajo no es consecuencia inmediata de la depreciación monetaria, sino del nominalismo de las obligaciones dinerarias. Fundamentalmente, la tesis nominalista señala que el valor del dinero equivale al valor que el Estado le asigna como unidad, independientemente de la cantidad de bienes o servicios que se puede adquirir con el mismo. Aunque fue discutido, la posición mayoritaria de doctrina y jurisprudencia interpretó que el Código Civil (ley 340), en su redacción original, adoptó la tesis nominalista. Vélez siguió el Código Napoleónico, entre otros, apartándose del ejemplo austríaco. En tal sentido, los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación fueron transparentes:

Hemos respetado los principios del derecho monetario argentino, así como los grandes lineamientos de la doctrina y jurisprudencia. En particular, se mantiene el sistema nominalista (...) Se trata de la derivación necesaria, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“López, Antonio Manuel c/Explotación Pesquera de la Patagonia SA”, Fallos: 315:1209), de “un proceso de estabilización de la economía”.<sup>(20)</sup>

Más allá del fin loable que dirige la continuación de la solución tradicional, la trascendencia práctica del nominalismo en nuestra materia es que la obligación se satisfaga “peso a peso”, cualquiera sea la variación del poder adquisitivo de la moneda sobrevenida entre la constitución y el cumplimiento de la deuda. El apostolado de esta corriente es que la moneda siempre tenga la misma eficacia extintiva de las obligaciones de dinero, respondiendo predominantemente al valor seguridad, por sobre cualquier otro. O, lo que es lo mismo, los intereses generales y las razones de orden público prevalecerán sobre la justicia conmutativa, sin miramientos sobre el individuo perjudicado. Tal es, objetivamente, la consecuencia del principio nominalista de la deuda de dinero. Como se dijo, en riesgos laborales, fue la solución legislativa hasta la vigencia temporal de la ley 26.773.

Ante esa falta de justicia conmutativa, Foglia evoca que a partir de la década del 50 del siglo pasado, la doctrina argentina receptó la deuda de valor

.....

(20) [En línea] [www.nuevocodigocivil.com](http://www.nuevocodigocivil.com)

para salir de la esfera de la simple deuda de dinero, por su importancia en la reparación de daños. El responsable debía pagar una suma suficiente que le permita a la víctima la adquisición de una cosa equivalente a la destruida: “Mientras los daños no sean liquidados —es decir, mientras no haya deuda líquida— no existirá un monto nominal inmutable (...) la depreciación monetaria debiera incluirse en el resarcimiento de daños y perjuicios...”.<sup>(21)</sup>

El mismo autor también nos recuerda que “... si bien la doctrina estaba inspirada en un propósito de justicia, fue paulatinamente siendo dejada de lado, no solamente por la dificultad existente en diferenciar una deuda de valor de una deuda de dinero, ya que en definitiva quien contrata en moneda no piensa exclusivamente en ésta sino en cuanto vale, y cuando se adquiere un valor el mismo se establece generalmente en dinero...”.<sup>(22)</sup>

Precisamente, en los 70, la jurisprudencia comenzó a aplicar la actualización monetaria a todas las deudas, sin distinguir entre deuda dineraria y deuda de valor. Cuenta Compagnucci del Caso que “[a] veces ocurrió que, ante algunos reajuste económicos, la liquidación judicial o extrajudicial, duplicaba o triplicaba el importe del valor de origen”.<sup>(23)</sup> Así, para 1990, la Ley de Convertibilidad del Austral retornó el sistema nominalista con todo el rigor.

Últimamente, una corriente jurisprudencial laboral manifestó la irrazonabilidad del nominalismo frente a la naturaleza alimentaria de los créditos laborales en juego:

... durante la vigencia del decreto nacional N° 1278/00, se mantuvo el nominalismo que signa a nuestra tradición jurídica, pese a la emergencia cambiaria —casi concomitante— que el Estado Nacional combatió con una devaluación asimétrica (arts. 2°, 6° y 7° de la ley 25.561). Entonces, con motivo del nominalismo, al

(21) FOGLIA, RICARDO A., en Jorge Rodríguez Mancini (dir.), *Código Civil y Comercial y su proyección en el derecho del trabajo*, CABA, La Ley, 2015, p. 505.

(22) *Ibid.*, p. 506.

(23) COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., en Julio C. Rivera y Graciela Medina, (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, CABA, La Ley, 2015, p. 104.



prescindir nuestro tráfico jurídico de los efectos de la depreciación monetaria que provoca una inflación notoria durante casi una década (arts. 7° y 10 de la ley 23.928), queda como corolario irrefutable que el tope del otrora art. 14.2.a) importa la pulverización sistemática de la reparación tarifada, pensada para una convertibilidad perimida al poco tiempo de la vigencia del decreto referido.<sup>(24)</sup>

Es que, dentro en nuestro ordenamiento positivo, las prestaciones de dinero de la LRT son obligaciones de dinero<sup>(25)</sup> porque la cantidad de moneda debida es determinable al momento de declararse constituida la obligación (art. 765 CCyC). Aquí reflota la ventaja comparativa de la deuda de valor, que —en nuestra opinión— la Comisión reformadora incorporó para descongestionar la iniquidad del nominalismo:

**Se recoge el distingo entre obligaciones de dar dinero y de valor, ampliamente reconocido en la doctrina. Si la deuda consiste en cierto valor, su cuantificación en dinero no puede ser realizada empleando exclusivamente índices generales de precios. El monto resultante debe corresponder al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda.** Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección. Esta norma es importante para evitar distorsiones derivadas de la aplicación de índices, tema sobre el cual hubo una extensa experiencia en la historia argentina. El valor real es el que tiene prioridad.<sup>(26)</sup>

El texto corrobora que el “valorismo” no se concreta mediante la indexación: valor e índices son esencialmente diversos.

.....

(24) CAPEL. LAB ROSARIO, Sala III, “Monzón, Felipe J. c/Liberty ART SA s/ prestaciones ley 24.557”, resolución 303, 11/11/2014.

(25) CUARTANGO, OSCAR A., “Actualización y tasa de interés en los créditos laborales”, en *Revista Derecho del Trabajo* 9, 2014, p. 90 y ss. Para este autor, toda deuda de laboral incumplida es una deuda de valor, debiendo mantenerse incólume aunque no se establezcan legalmente mecanismos de actualización.

(26) Fuente citada. El destacado me pertenece.

## 4 | La deuda de valor en divisa extranjera, a manera de alteración en la cadena alimenticia

Establecida la historia del derecho civil y laboral frente a los riesgos del trabajo, y la importancia de analizar variables económicas para enfrentarlos, toca ingresar al cuerpo positivo novedoso en lo que refiere a nuestro objeto de estudio.

### 4.1 | Las obligaciones de dar dinero y las deudas de valor

El Código Civil y Comercial, en sus arts. 765 a 772, regla las obligaciones de dar dinero, distinguiendo entre la obligación de dar suma de dinero y la deuda de valor, no solo conceptualmente sino mediante un régimen diferenciado. El Código Civil derogado ni siquiera preveía la última; recordemos, una vez más, que la enunciación teórica del “valorismo” data de principios del siglo XX.<sup>(27)</sup> De esta forma —explica Foglia— pareciera que se adopta un criterio dual: nominalista para las deudas dinerarias, y de actualización para las de valor.<sup>(28)</sup>

En las deudas dinerarias, el objeto de la deuda es la moneda misma, un determinado monto de medios de pago: la cantidad debida se encuentra originariamente determinada en una suma de dinero. En las deudas de valor, el acreedor tiene derecho a exigir una utilidad destinada a compensar el daño sufrido. Pero, tarde o temprano, el valor en sí mismo habrá de concretar su equivalente en dinero.<sup>(29)</sup>

El art. 772 CCyC, con el título de “cuantificación de un valor” expresa: “Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al va-

(27) Algunos autores atribuyen la autoría a Nussbaum, mientras que Llambías se la adjudica a Ascarelli.

(28) FOGLIA, RICARDO A., *op. cit.*, p. 504.

(29) CABRERA, ENZO R., “Actualización de los créditos laborales por accidentes y enfermedades del trabajo cuando se acciona por la vía civil”, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, 2013-2, p. 115.

lor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección”.

La fuente del precepto es el art. 724 del Proyecto de Unificación de 1998:

Cuantificación de un valor. Si la deuda consiste en cierto valor, su cuantificación en dinero: a) No puede ser realizada empleando exclusivamente índices generales de precios. b) El monto resultante debe corresponder al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. c) Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de este Parágrafo....<sup>(30)</sup>

En rigor, Compagnucci de Caso indica que el germen histórico de ese proyecto, como del vigente art. 772 CCyC, fue la ley “Martínez Raymonda” (ley 24.283),<sup>(31)</sup> compuesta por una única norma, tendiente a evitar que los reajustes económicos diesen importes superiores a los valores de los bienes obligados<sup>(32)</sup> (ley de desindexación).

Como fuere, al concretarse esta nueva categoría legislativa, la doctrina y jurisprudencia que concebía a las deudas de valor exceptuadas de la ley 23.928 —pues no se actualizan sino que se determinan, y su variación es en realidad la del dinero en relación al valor inmutable— ahora encuentra asidero legal. Tras la reforma, la doctrina destaca que:

El art. 7° de la ley 23.928 (texto sustituido por el art. 4° de la ley 25.561) prohibió la actualización de las deudas de dinero. Como la citada prohibición alcanza a la “obligación de dar una

(30) FOGLIA, RICARDO A., *op. cit.*, p. 508.

(31) “Cuando deba actualizarse el valor de una cosa, o bien, o cualquiera otra prestación, aplicándose índices estadísticos o cualquier otro mecanismo establecidos por acuerdos, normas o sentencias, la liquidación judicial o extrajudicial resultante no podrá establecer un valor superior al real y actual de dicha cosa, o bien o prestación al momento del pago. La presente norma será aplicable a todas las situaciones jurídicas no consolidadas”.

(32) COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., *op. cit.*, p. 104.

suma determinada de pesos" (...) se hallan excluidas las deudas de valor (en las cuales la obligación no consiste en una suma determinada de moneda ni existe cantidad nominalmente expresada en origen).<sup>(33)</sup>

Compagnucci de Caso observa la norma desde la perspectiva histórica que antes referimos —los continuos reajustes—, emitiendo una opinión opuesta: "... dispone que al tiempo que corresponda para el cumplimiento el valor establecido no puede exceder el 'real' que corresponda a la cosa. Se trata de un mecanismo que lleva 'desindexar' algunas obligaciones donde se utilizó una forma de actualización que desvirtuó el objeto de prestación (...) Esto significa que no es posible aplicar índices de reajuste...".<sup>(34)</sup>

Como habíamos visto en el título anterior, este fue el pensamiento de la Comisión encargada del Anteproyecto.

Ahora bien, conforme los textos legales citados, lo indiscutible es que la ley 23.928 no rige las deudas de valor. Igualmente, el régimen del Código adoptó la interpretación que sostiene que, una vez determinado ese valor, la obligación pasa a ser dineraria y no puede actualizarse porque rigen los arts. 765 y 766 del mismo cuerpo y, ahora sí, la prohibición de indexación de la ley 23.928. Ossola aduce que la el significado que trasunta la reforma es un "valorismo atenuado".<sup>(35)</sup>

La doctrina considera que, en estos términos, se esteriliza el funcionamiento del concepto, y se postula la subsistencia del valorismo mientras no sobrevenga el pago. Imagínese un cambio de moneda de curso legal entre la liquidación del débito y el pago —incluso— espontáneo del deudor. Formaro define una interpretación pragmática, y sin ambages, para arribar al resultado querido: "... en el marco del art. 772, se impone una correcta cuantificación a valores actuales y luego, ante la conversión en dinero y las reglas atinentes a este, la aplicación de una tasa de interés acorde a la realidad (actualización por vía indirecta)...".<sup>(36)</sup>

(33) FORMARO, JUAN J., *op. cit.*, p. 102.

(34) COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., *op. cit.*, p. 104.

(35) OSSOLA, FEDERICO A., en Ricardo L. Lorenzetti (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe, Rubizal - Culzoni Editores, 2015, t. V, p. 157 y ss.

(36) *Ibid.*, p. 104.

Sin menospreciar la hermenéutica intencionadamente tuitiva, surgen dos cuestiones mayúsculas. La primera, encontrar una tasa que mantenga estable el valor liquidado, con las dificultades metodológicas que hemos tratado de mostrar.<sup>(37)</sup> Sin olvidar que sí se encuentra prohibido indexar (actualización directa) conforme la Ley de Convertibilidad del Austral, pues ya nos encontramos frente a una deuda dineraria. El “segundo pormenor” es que las tasas judiciales ya no son fruto de la discreción del juez, aunque tuviera la sabiduría de hallarla: “A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina: a) por lo que acuerdan las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) **en subsidio, por tasas que se fijan según las reglamentaciones del Banco Central**”.<sup>(38)</sup>

En suma, operada la evaluación, ya no será posible un nuevo cálculo a valores reales.

En cuanto al momento de justipreciar, el artículo no adopta un criterio específico. Tratando de desentrañar la oración “... el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda”, Foglia barrunta que puede ser el momento de la mora, de la sentencia o del pago, afirmando que el último luce como el más adecuado, pero que —en definitiva— la norma no lo define, lo que —presupone— traerá litigios.<sup>(39)</sup>

En resumen, nuestra legislación no sella un momento expreso de cuantificación de las deudas de valor, pero no abriga dudas de que esa operación las trasmuta en una deuda dineraria —no ajustables, por lo tanto— cuyo interés moratorio queda sujeto a una Circular del “banco de bancos”, salvo que el deudor se avenga a acordar una potenciación en su perjuicio.

En la misma hipótesis, pero en beneficio del sujeto de preferente tutela, podemos mencionar que se produciría una capitalización del crédito dinerario

(37) BORDA, GUILLERMO A., *Manual de obligaciones*, 11va. ed., Bs. As., AbeledoPerrot, 2003, p. 197. Justamente, una de las razones más invocadas en favor del nominalismo es que hace a la estabilidad monetaria, pues dejar en mano de jueces la apreciación del valor actual de la moneda, importa introducir un factor de desorden; lo que no se aviene con el dinero, cuya característica esencial es ser una medida de valor constante y uniforme.

(38) Art. 768 CCyC. El destacado me pertenece.

(39) FOGLIA, RICARDO A., *op. cit.*, p. 508.

desde que el magistrado mande a pagar la suma resultante y el deudor sea renuente (art. 770, inc. d CCyC). En términos estrictos, un plus cuantitativo que la pretensión civil siempre tendrá sobre la tarifada es que al afectado lo asistirá el anatocismo desde que la obligación se notifique la demanda (art. 770, inc. b CCyC). Si bien, en teoría, cabría que el judicante pueda reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede “sin justificación y desproporcionadamente” el costo medio del dinero (art. 771 CCyC), aventuramos que un juez laboral no restringirá el crédito tutelado.

## 4.2 | La moneda fuera de curso legal en la República

El Código Civil y el Código Civil y Comercial también comparten el deslinde de las obligaciones de sumas de dinero nacional y extranjero. En lo que respecta a la obligación de dar moneda extranjera, el texto legal difiere del propuesto por la Comisión encargada del Anteproyecto, que había establecido que la obligación estipulada en moneda que no sea de curso legal en la República, se consideraba como de dar suma de dinero.

El Proyecto enviado por el Poder Ejecutivo, devenido en ley, fija que serán consideradas como obligaciones de dar cantidades de cosas, pudiendo el deudor liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal (art. 765).

Como consideración preliminar, la doctrina señala que el nuevo Código no trae disposición sobre las llamadas “obligaciones de cantidad” o de “dar cantidades de cosas” como lo hacía el Código Civil (arts. 606 a 615 CC). Asimismo, el art. 766 CCyC mantiene que “El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”, habiéndose eliminado la parte final que previó la Comisión: “... tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene”.

Mozzi realiza un cuestionamiento semántico a la reforma del Proyecto del Poder Ejecutivo:

... la idea de darle el carácter de “cosa” a la moneda extranjera designada, dentro del marco de las obligaciones estipuladas en un contrato, se relaciona con el fortalecimiento de su identidad a

los fines del pago, no con su debilitamiento; configura un contrario sentido, entonces, fortalecer su carácter al definir su identidad y luego debilitarlo para el cumplimiento: si se trata de 'cantidades de cosas', por qué razón prever que el deudor de una obligación de dar monedas que no sea de curso legal se liberará "dando el equivalente en moneda de curso legal..."?(40)

Foglia censura que, a diferencia del Código Civil en su redacción original, la facultad de elección entre pagar en la moneda extranjera o en la nacional, corresponde al deudor y no al acreedor, destacando que no surge de la norma si debe tomarse la cotización vigente al tiempo de la mora o al efectuarse el pago.<sup>(41)</sup> El autor ataca la dualidad de criterios "... sobre todo cuando proviene de dos artículos sucesivos. Pensamos, en aras de armonizar las normas, que el segundo párrafo del art. 765 regula específicamente el régimen de moneda extranjera y el 766, a la nacional".<sup>(42)</sup> En todo caso, para este laboralista, el valor de la integridad psicofísica puede ser tanto en moneda con curso legal como sin curso legal. En el segundo caso, y en última instancia, "el deudor cumple con su obligación entregando el equivalente en moneda de curso legal".<sup>(43)</sup>

Para Compagnucci de Caso, suscitado el incumplimiento: "Si nos atenemos a la normativa prevista en el art. 505 del Cód. Civil y su similar art. 730 del nuevo código, el juez debe condenar a entregar la moneda pactada (inc. 1º, pago *in natura*), en caso contrario le permitirá el acreedor seguir el camino y curso que indican los artículos referidos".<sup>(44)</sup> De seguirse esa línea argumentativa, entendemos que se insinúa que el juez podría mandar a hacerse procurar la divisa por otro a costa del deudor u obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes (art. 730, incs. b y c).

(40) MOZZI, GERMÁN D., "Reflexiones sobre la llamada 'nueva pesificación' de los contratos en la Argentina, según el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación unificado" en AAVV, *Código Civil y Comercial de la Nación: suplemento especial*, Bs. As., Erreius, 2015, p. 66.

(41) FOGLIA, RICARDO A., *op. cit.*, p. 510.

(42) *Ibid.*, p. 511.

(43) *Ibid.*, p. 508.

(44) COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., *op. cit.*, p. 91.

No obstante, otros arguyen que la posibilidad de fijar el monto en moneda foránea es una facultad judicial para casos concretos.<sup>(45)</sup> Hasta llegar a Ossola, para quien, pese a la redacción del artículo, la previsión de cuantificar una deuda de valor en moneda extranjera es de concreción imposible, atento la reforma del Poder Ejecutivo a los arts. 765 y 766: "... de lo que aquí se trata es de establecer el monto de una obligación de dar dinero, y las obligaciones de dar moneda que no sea de curso legal en la República son obligaciones de género. En consecuencia, siempre la evaluación de la deuda deberá ser practicada en moneda de curso legal".<sup>(46)</sup>

De no compartirse la última tesis, observamos que el segundo efecto legal del dispositivo analizado es que la deuda puede ser "expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico". Asumimos que la frecuencia en el tráfico comercial no es un escollo, máxime porque el demandante podría oficiar al Banco Central de la República Argentina para que, por ejemplo, informe cuál es la canasta de monedas que utiliza para desarrollar el Índice del Tipo de Cambio Real Multilateral (representativo de los socios comerciales más importantes de Argentina en el comercio exterior).

## 5 | Conclusiones sobre una simbiosis unilateral meditada

1. La depreciación monetaria importa el perjuicio directo del sujeto lesionado, sólo si la reparación se intenta mediante una obligación dineraria dentro de un sistema nominalista puro (sin ningún tipo de ajuste o indexación). La inflación puede perjudicar las prestaciones dinerarias tarifadas, de superar el ritmo de crecimiento salarial real, pero —en el marco de una deuda de valor por la vía civil— tal fenómeno económico nunca debería perjudicar al trabajador.
2. El valorismo no ha de confundirse con la indexación, que es la operación de reajuste de una moneda en función de determinados índices o indicadores. Por lo tanto, la valuación que se produzca en la pretensión de reparación civil no debe sustentarse en la aplicación mecánica de un coeficiente, so riesgo de perjudicar al trabajador.

.....

(45) COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., *op. cit.*, p. 105.

(46) OSSOLA, FEDERICO A., *op. cit.*, p. 159.



3. *De lege lata* (art. 774 CCyC), cuantificada la deuda de valor ya no es posible una nueva actualización —por índice o cualquier otro medio— porque se transforma en una deuda dineraria, imperando el nominalismo más estricto. Hay coincidencia inveterada de la doctrina y jurisprudencia en que la deuda de valor debe traducirse numéricamente en el momento del pago, o etapa más próxima como la sentencia.
4. En términos estrictos, un plus cuantitativo que la pretensión civil siempre tendrá sobre la tarifada es que al afectado lo asistirá el anatocismo desde que se notifique la demanda (art. 770, inc. b., CCyC).
5. El establecimiento del resarcimiento en “divisa fuerte” auxilia a los operadores judiciales en determinar una obligación sin los avatares de más de una cotización cambiaria. La moneda extranjera no sólo es compatible con la cuantificación de las deudas de valores, sino que pueda favorecerla al evitar los problemas de más de una cotización monetaria (tasa de cambio implícita). Por lo demás, fortifica el sistema regional de protección de Derechos Humanos continuar con la práctica de la Corte IDH, siendo aconsejable la utilización del dólar de los Estados Unidos de América. De no seguirse la tesis negativa de Ossola, nuestro sistema jurídico no impide que los montos sean pagaderos en moneda nacional al tipo de cambio del día anterior al pago. El art. 774 CCyC tampoco es óbice para utilizar otra divisa fuerte, relacionada al tráfico comercial argentino.

La historia de las metáforas entre el derecho civil y el derecho del trabajo es la historia de la protección que el último brindó a los obreros argentinos en materia de riesgos del trabajo. Durante mucho tiempo, el ambiente (la inflación) favoreció a que el predador (nominalismo) no diese respiro al eslabón más desfavorecido (siniestrado) por los vaivenes económicos y legislativos. Sabemos desde hace siglos que las especies de un mismo género son descendientes directas de otra especie, de la misma manera que las variedades de una especie son descendientes de ésta,<sup>(47)</sup> por eso proponemos desentendernos de la nostalgia maternal para concentrarnos en la actual identidad del derecho laboral, caracterizado por el sujeto urgido que constituye su ser y preocupación. En razón de ello, rescatamos la figura de la simbiosis por ser la asociación de animales o vegetales de distintas especies que sacan provecho de la vida en común, aunque la reciprocidad no es nota esencial. Creemos que su etimología griega (“medios de subsistencia”) guiará con mayor claridad la estrategia procesal de constatar —caso a caso— si el CCyC resultará invariablemente provechoso para el

.....  
(47) DARWIN, CHARLES, *El origen de las especies*, Bs. As., Centro Editor de Cultura, 2007, p. 14.

trabajador. Caso contrario, por ejemplo, si los salarios fueran crecientes, especulamos que el enlace debería ser más esporádico y meditado.

Parafraseando lo que ya dejamos sentado, la ahora denominada "acción común por reparación plena" será más provechosa que la especial laboral, mientras la moneda de curso legal no mantenga estable su valor. Y, todavía así, la "efectividad del civilismo" estará condicionada por el transcurso que corra entre la cuantificación en divisas y el cumplimiento del veredicto. En favor del sistema tarifado, el abogado no podrá olvidar el gran beneficio de una actualización semestral que concibió la ley 26.773.

Para que el humano vuelva a reinar en la cadena trófica es tiempo de que la "selección natural" abra paso a la "selección inteligente".

---

# La acción preventiva del Código Civil y Comercial de la Nación en el derecho laboral

por **MARIANA MERCEDES OTAROLA**

## I | Introducción

Una de las novedades que nos trajo la reforma al Código Civil argentino fue la incorporación de la “acción de prevención”, la que, así como la gran mayoría de los institutos, ya venía siendo receptada por la jurisprudencia. En el ámbito del derecho de trabajo, hablar de prevención nos lleva inexorablemente a pensar en el “deber de seguridad” que el art. 75 LCT pone en cabeza del empleador y en el *leitmotiv* del nuevo sistema creado por la ley 24.557. Este artículo tratará de explicar ambos institutos y la posibilidad de que esta acción pueda ser utilizada en el derecho laboral.

## 2 | *La cautio damni infecti* del derecho romano

Nos enseñaban en la facultad que el derecho no era estático, sino que iba amoldándose con el devenir de los años a las nuevas necesidades y a los nuevos paradigmas. Este es un claro ejemplo de ello.

La acción preventiva tiene su origen más evidente en el supuesto de daño temido o la *cautio damni infecti* del derecho romano, medida pretoriana

que tenía por objeto la defensa contra los daños temidos en las relaciones entre vecinos. De tal modo que aquel que temía el daño de un fundo o edificio vecino acudía ante el pretor para que el mismo le ordenara al propietario del fundo en cuestión que prestara caución por el daño temido. Era necesaria, entonces, la presencia de dos aspectos: el carácter de daño futuro y una causa conexas a relaciones de vecindad.

La caución del daño temido fue receptada en la Partida Tercera, Título XXXII, Ley 10, en el título destinado a las obras nuevas y viejas. Luego se aplicó como legislación en las Indias y se transmitió a la legislación nacional como "Interdicto de obra vieja" dentro de la ley 50 de procedimiento civil ante la justicia federal, de 1863.

En el derecho civil europeo, el antiguo derecho francés receptó una acción preventiva aplicable al daño que podía provenir de la ruina de un edificio, pero dicha institución fue excluida del Código Napoleón en el que solo se mencionó el caso de ruina de edificio con un daño ya constatado.

En el Código Civil italiano de 1865 se recepcionó la acción preventiva ante un peligro de daño grave y próximo a un fundo que posea. En 1942 se contempló la denuncia de daño temido, se agregaron medidas que podía tomar el juez —proveer para obviar el peligro y ordenar dar caución— y se amplió el campo de aplicación al "objeto de su derecho o de su posesión".

En el derecho civil español, la medida romana fue receptada en el proyecto de García Goyena de 1851 con el título "de la obligación de prevenir un daño que amenaza". El Código Civil español de 1889 se refirió a "obra ruinosa" en el art. 389. Si se coteja el instituto con el derecho italiano, España no hizo referencia a la expresión "caución o garantía".

El Código civil alemán también receptó esta acción y vinculó las previsiones necesarias para evitar el daño a la responsabilidad civil por el mismo, sin hacer mención, al igual que en España, a los términos "caución" o "garantía".

Además, la acción de daño temido fue incorporada en los códigos suizo, holandés y portugués. En América latina, el proyecto de Código Civil Chileno de 1853 incluía la "querrela por ruina del edificio vecino", y al sancionarse el Código ello se reflejó en el art. 932.

El Código Civil brasileño de 2002 contempla el daño temido en los arts. 1280 y 1281, incluidos en el Libro III, Del derecho de las cosas, Título III, De la propiedad, Capítulo V, Derechos de vecindad, Sección I, Uso anormal de la propiedad, mencionando la "caución por daño inminente" cuando el edificio vecino amenace ruina.

El instituto también fue receptado en los códigos civiles de Uruguay, Paraguay, Perú, entre otros.

### 3 | La recepción del daño temido en Argentina

Como se mencionara antes, la primera recepción de la figura de la caución del daño temido en el derecho argentino la podemos encontrar en el interdicto de obra vieja de la ley 50 —ley de procedimiento civil ante tribunales nacional del año 1863—, interdicto que tomó literalmente el articulado del mismo interdicto de la ley de enjuiciamiento española de 1855, que a su vez se basaba en las VII Partidas.

De este resulta destacable la intención de prevención que se encontraba en su objeto al decir: "la adopción de medidas urgentes para evitar riesgos", y en lo que respecta a la legitimación activa incluyó a todos los que tuvieran la necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio o construcción en ruina.

El interdicto previsto por la ley 50 se aplicó hasta el año 1871, fecha en la que comenzó a regir el Código Civil de Vélez Sarsfield (en adelante, CC), quien expresamente lo excluyó y así lo expresó en la nota al art. 1132. Esta decía:

... la caución *damni infecti* del Derecho romano cuyo fin era procurar al vecino una caución para reparar el perjuicio eventual que podría causarle la caída de un edificio, no tiene objeto desde que se le concede acción por las pérdidas e intereses del perjuicio, cuando lo sufriese. La admisión de una acción preventiva en esta materia, da lugar a pleitos de una resolución más o menos arbitraria. Los intereses de los vecinos inmediatos a un edificio que amenace ruina, están garantizados por la vigilancia de la policía y por el poder generalmente concedido

a las municipalidades de ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina.

Esta exclusión fue criticada por la doctrina.

No obstante ello, en la reforma al Código Civil de "Borda", a través de la ley 17.711, fue receptado el instituto en el art. 2499 *in fine*, que expresa:

Habrà turbación de la posesión, cuando por una obra nueva que se comenzara a hacer en inmuebles que no fuesen del poseedor, sean de la clase que fueren, la posesión de éste sufre un menoscabo que cediese en beneficio del que ejecuta la obra nueva. **Quien teme que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares.**

Norma que se inspiró en el art. 1172 del Código Civil italiano de 1942. Pero el art. 1132 no fue derogado con esta reforma, por lo que la contradicción existió hasta el 31/07/2015.

La figura, entonces, negó la caución pero admitió la existencia de un daño temido y la necesidad de tomar precauciones contra el mismo. La finalidad era hacer saber al juez la existencia de un peligro proveniente de un edificio o de cualquier otra cosa, a fin de que se adoptaran las medidas necesarias para conjurarlo. Contaba con una amplia legitimación activa en tanto no solo la tenía el propietario vecino, sino toda persona que temiera pueda resultarle un daño a sus bienes: el poseedor, sea de buena o mala fe, el simple tenedor, el que ostenta un simple derecho personal como el locatario, el comodatario, depositario. Por su parte, la legitimación pasiva correspondería a todos aquellos que en caso de producirse el daño serían responsables de repararlo de acuerdo a los arts. 1113 y 1135 CC.

En relación al procedimiento que era aplicable a esta acción, de acuerdo al art. 2501 CC eran la de las acciones posesorias, por lo que serían juzgadas sumariamente y en la forma que prescribieran las leyes de los procedimientos judiciales. Asimismo, si bien fue discutido el carácter de acción posesoria del daño temido en tanto algunos autores la consideraron como una medida autónoma preventiva, la finalidad cautelar requería que fuera tratada procesalmente de la forma más expedita posible.

## 4 | La proyección efectuada con anterioridad a la ley 26.994

Como bien explica Lorenzetti, el Código de Vélez no contemplaba expresamente la tutela de prevención pero su admisión se desprendía de la interpretación integral y expansiva que se efectuaba de varios de sus artículos. Como se analizó hasta acá, la prevención estuvo emparentada con la protección de la propiedad pero luego ello se fue ampliando a otras esferas. Refiere el citado jurista que se aceptó la aplicación de la llamada "tutela preventiva o de prevención" en la normativa referida al derecho a la intimidad (art. 1071 bis), al daño temido (arts. 2499, código derogado, y 623 bis, CPCCN), a las molestias en razón de la vecindad (art. 2618), a los interdictos y a las acciones confesorias y negatorias (arts. 2795 a 2799 y 2800 a 2806), a la protección de los derechos del acreedor hipotecario (arts. 3157 y 3158).

Por su parte, las leyes especiales contienen disposiciones similares, entre ellas: Régimen de la Propiedad Intelectual (art. 79 de la ley 11.723); Ley de Defensa contra las Discriminaciones (art. 1° de la ley 23.592); Ley de Defensa del Consumidor (art. 52 de la ley 24.240); Ley de Defensa de la Competencia (25.156); Ley General del Ambiente (arts. 2°, 4°, 27 y 30 de la 25.675); Ley de Asociaciones Sindicales (arts. 53 y 55, de la ley 23.551); el desahucio en el juicio de desalojo (arts. 680 bis y 684 bis CPCCN; 676 bis y 676 ter CPCCBA; 517 y 518 CPCCSF); las acciones posesorias (art. 623, CPCCN; 534 y ss. CPCCSF); la denuncia de daño temido y medidas de seguridad (art. 623 bis CPCCN); reparaciones urgentes (art. 623 ter CPCCN); proscripción de la violencia familiar y exclusión del hogar conyugal (leyes 24.270 y 24.417; art. 273 de la ley 11.723 de Buenos Aires); suspensión de asambleas de las sociedades comerciales y ejecución de sus resoluciones (art. 252 de la ley 19.550). La ley 24.557 y el decreto 170/1996 establecen que la ART está obligada a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir los riesgos laborales (de lo que me expediré ulteriormente).

La expresa regulación en el actual Código no excluye la vigencia de las normas pertinentes de la respectiva legislación especial ni las específicas contenidas en aquel.

Es por ello que puede decirse que desde la sanción del Código de Vélez la responsabilidad civil ha ido mutando de tener solo una función reparatoria (tutela restitutoria) del daño a pasar, además, a tener una función preventiva (tutela preventiva).

## 5 | La aplicabilidad del derecho civil al derecho del trabajo

Refiere Carlos Alberto Etala, siguiendo a Justo López, que si bien la doctrina más calificada acepta la aplicación subsidiaria del derecho civil al derecho laboral, se reconoce que dicha aplicación encuentra dos límites: 1) la existencia de una norma laboral expresa distinta y 2) la incompatibilidad de la norma civil con los principios del derecho del trabajo.

El autor también destaca que el art. 1709 CCyC regula la prelación normativa en materia de responsabilidad civil, es decir, el modo de resolver la concurrencia entre las disposiciones del CCyC y las disposiciones de alguna ley especial en materia de responsabilidad civil. Ello se traduce en las disposiciones laborales que refiera a la “prevención del daño y a su reparación” tanto en las relaciones individuales como en las colectivas del derecho del trabajo.

Señala el autor también que se observa en el CCyC tres funciones dentro de la responsabilidad civil:

- a. preventiva;
- b. moderadora de la punición excesiva; y
- c. resarcitoria.

En lo que aquí interesa, de los Fundamentos del Proyecto del Código de la función preventiva:

... se consagra el deber de prevención para toda persona con los siguientes alcances: a) en cuanto dependa de ella, es decir, que la posibilidad de prevenir se encuentre en su esfera de control, ya que de lo contrario se puede convertir en una carga excesiva que afecta la libertad; b) se deben adoptar las diligencias conforme a lo que haría una persona que obrara de buena fe,



disponiendo medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud o no agravarlo, si ya se ha producido; c) se reconoce el derecho al reembolso del valor de los gastos en que ha incurrido siguiendo las reglas del enriquecimiento sin causa.

Y lo que es importante en nuestra materia, “la omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva reconociéndose legitimación sustancial para peticionar judicialmente a quienes acrediten un interés razonable en la prevención del derecho amenazado”.<sup>(1)</sup>

El articulado en cuestión lo encontramos en los arts. 1710 a 1713 CCyC, que se transcriben a continuación:

ARTÍCULO 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

- a. evitar causar un daño no justificado;
- b. adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
- c. no agravar el daño, si ya se produjo.

El módulo de comportamiento, entonces, —a decir de Lorenzetti— se emplaça primero en el ámbito de la antijuridicidad (lo que encuentra fundamento en la solidaridad, el deber de cooperación, información y advertencia del daño y, en el abuso de derecho), valoración que deberá realizarse en base a la prudencia, razonabilidad y buena fe, ya que hay deber de evitar el daño en cuanto depende de la persona. Comprobada dicha antijuridicidad de la conducta, ya sea omisión o acción dañosa, debe procederse al análisis de la relación causal. Según el CCyC, corresponde aplicar las reglas de la causalidad adecuada en los términos de los arts. 1725, 1726 y 1727 CCyC,

(1) ETALA, CARLOS A., “La Responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y su incidencia en el Derecho del Trabajo. Daños. La acción preventiva”, en Rodríguez Mancini (dir.), *Código Civil y Comercial y su proyección en el Derecho del Trabajo*, 1ª. ed., Bs. As., La Ley, 2015, p. 618.

sin dejar de lado que la dificultad que presenta la cuestión de la relación causal en el hecho omisivo reside en que, rara vez, la omisión es la causa exclusiva, sino que el daño es el efecto conjunto de la omisión del agente con el actuar de un tercero.

El principio de prevención constituye un mandato indeterminado que deberá concretarse en cada caso, según sus particularidades, y que se suma a la regla especial que pueda regir operando de modo autónomo cuando la regla no previó el supuesto particular.

Hacer lo proscripto y no hacer lo exigible convierten la conducta obrada y omitida en acción y omisión antijurídica por vulneración del deber general de no dañar (art. 1716 CCyC) y del deber particular de no dañar en el caso en concreto cuando, pudiendo, no se evitó el daño (art. 1710 CCyC). Dicha conducta ilícita de acción o abstención (art. 1749 CCyC) puede dar lugar a la tutela resarcitoria si se configuran los restantes presupuestos de la responsabilidad civil y media relación de causalidad adecuada.

ARTÍCULO 1711.- Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

¿Cómo podría definirse entonces la acción preventiva? Jorge W. Peyrano la define como aquella:

... que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción.<sup>(2)</sup>

---

(2) RANDICH MONTALDI, GUSTAVO E., "La acción preventiva del Código Civil y Comercial: trámite en la legislación procedimental de Mendoza", en *La Ley Gran Cuyo*, julio 2015, p. 596, [en línea] AR/DOC/2060/2015, con cita de PEYRANO, JORGE W., *La acción preventiva*, p. 36 y "Manifestaciones de la tutela jurisdiccional preventiva en materia civil", en *Revista de Derecho Procesal, Jurisdicción y competencia*, I, n° 2, 2014-2, p. 198.

Lorenzetti explica que, entonces, los requisitos de procedencia de la tutela preventiva son:

- una conducta antijurídica (acción u omisión), por lo que el hecho generador debe ser ilícito. En términos de una amenaza de producción de daño, de agravamiento de la magnitud del daño en curso;
- interés del peticionante individual, individual homogéneo o colectivo, patrimonial o extrapatrimonial;
- posibilidad concreta de adoptar una conducta positiva o de abstención para evitar el daño o sus efectos;
- adecuada relación de causalidad entre la conducta debida y el resultado probable, es decir, con el perjuicio esperable según el curso normal de las cosas (arts. 1725, 1726, 1727 CCyC).

Resulta indiferente la gravedad del daño futuro. Tampoco es necesario que concurra un factor de atribución, es decir, no se le exige al peticionante que demuestre que la posibilidad de sufrir un daño es imputable a alguien por culpa o por riesgo. La pretensión puede recaer sobre bienes de terceros, ajenos a la litis. Procede contra actos de los particulares o del poder público y también puede tener por objeto la protección de bienes de los particulares o del dominio público o privado del Estado. La tutela de prevención está vinculada con la protección de la persona humana, su vida e integridad psicofísica, de jerarquía constitucional y supraconstitucional.

ARTÍCULO 1712.- Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.]

Se presume el interés de quienes sufrieron o pueden sufrir un daño individual o colectivo en su carácter de víctimas actuales o potenciales; los otros damnificados indirectos deben demostrar su interés. En opinión de López Herrera, el listado de admitidos debe ser dejado a la obra de los códigos procesales y a la acción de la doctrina y de la jurisprudencia.<sup>(3)</sup>

Para el caso de cese del agravamiento en curso, la legitimación se vincula con la víctima, situación no excluyente. Se puede ordenar el freno de la

(3) LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, en Julio César Rivera y Graciela Medina (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. IV, 1ª ed., Bs. As., La Ley, p. 993 y ss.

continuación del daño tanto si el vínculo tiene fuente contractual como extracontractual.

En el ámbito contractual la legitimación preventiva corresponde solo al contratante cumplidor. El interés puede ser individual o colectivo tal como lo dispone el art. 14 CCyC y el art. 43 CN.

La noción de interés razonable es amplia y se relaciona con el interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que configura el daño resarcible (art. 1737 CCyC).

Algunos de los criterios a considerar dentro del concepto de "interés razonable" podrían ser, a modo de ejemplo, la posible víctima del daño, tener legitimación para defensa de intereses de incidencia colectiva, estar obligado a actuar, etc. (enumeración que no se agota en esta enunciación).

ARTÍCULO 1713.- Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

La sentencia puede ser dictada de modo provisorio o definitivo, principal o accesorio, a pedido de parte o de oficio, en un proceso ya iniciado o promovido solo a esos efectos, otorgándose al juez amplias facultades para dictar mandatos de dar, hacer o no hacer.

La medida y razonabilidad de la extensión del mandato debe resultar de un juicio de ponderación, atendiendo a la menor restricción posible del derecho limitado y a la idoneidad de la restricción con relación a la obtención de la eficacia del resultado.

La posibilidad del dictado de oficio del mandato preventivo es particularmente aplicable cuando lo que está en juego es el derecho a la seguridad y el derecho de las personas a la vida, salud e integridad física y psíquica.

Así, pues, el nuevo Código supera la ausencia de regulación *in genere* al receptor normas enderezadas a regir de modo general una acción pre-

ventiva del daño, asignándole mayor amplitud a la responsabilidad civil de las personas.

Dentro de lo que refiere a nuestra materia laboral, lo dicho me lleva a indagar sobre si esta norma puede aplicarse al ámbito laboral; la respuesta afirmativa es la que se impone.

## 6 | La prevención de los infortunios laborales. Alcances y responsabilidades

Uno de los principios primordiales de la política social es el de la prevención de los riesgos laborales, entendida como la obligación del empleador de preservar la salud del trabajador. Así es que el empleador deberá adoptar las medidas necesarias para mantener un ambiente de trabajo sano (obligación de hacer) y, a su vez, evitar los riesgos del trabajo (obligación de no hacer). Este principio general luego se traslada y especifica mediante la obligación de seguridad del empleador que exige la adopción de medidas concretas y determinadas a fin de resguardar la indemnidad psicofísica del dependiente.

De esta manera el deber de prevención excede la obligación de seguridad y la abarca:

- a. El **Estado** es el primer interesado en dictar las regulaciones para que una parte importante de la población preserve su salud vital; cuestión de mayor trascendencia en el ámbito del trabajo en tanto los perjuicios, en su inmensa mayoría, se producen en personas —los trabajadores— que ponen a disposición de otros —empleadores— su fuerza de trabajo. Es por ello que el daño a un trabajador afecta directamente la posibilidad de ganancia o subsistencia para él y su familia.

Por ello que el eje de todo sistema de riesgos del trabajo debe ser la prevención de los mismos.

Si bien el régimen de riesgos del trabajo tiene diversas ópticas, el sistema protectorio preventivo puede considerárselo desde el punto de vista de la seguridad social o de la salud pública, las que necesariamente se conectan en el ámbito de la política social.

No obstante ello, el sistema en la actualidad resulta complejo, ya que combina intereses individuales y sociales, generando la intervención de muchos sujetos de diferente naturaleza jurídica y cometido: trabajadores, derechohabientes, empleadores, aseguradoras de riesgos del trabajo (ART), aseguradoras de responsabilidad civil, prestadores médicos y servicios de salud, laboratorios, fabricantes de prótesis, de elementos de protección y seguridad, ingenieros y especialistas en prevención, funerarias, comisiones médicas locales y central, Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT), Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN), el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), Asociaciones Sindicales de Trabajadores, Comité Consultivo de la LRT entre otros.

La ley 19.587 del año 1972 establece, en su art. 8º, que “todo empleador debe adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas de higiene y seguridad para proteger la vida y la integridad de los trabajadores”.

El concepto de la seguridad se relaciona con la evitación de los accidentes o enfermedades del trabajo.

Y en cuanto a la higiene, es un término más restringido que alude al mero ambiente físico, cuando en realidad hay riesgos y condiciones que se escapan de este marco.

El concepto de salud es más amplio y abarca más acciones y aspectos que los comprendidos por la “seguridad e higiene”.

- b. El **empleador**, como titular de la empresa, es el principal deudor de esa obligación, ya que tiene el poder de organización y de —arts. 64 y 65 LCT—, lo que conlleva derechos pero también deberes, y uno de ellos es la preservación de la salud de sus trabajadores.

Los arts. 4º y 8º de la ley 19.587 y 31, ap. 2, inc. d LRT, son taxativos en este sentido.

El empleador debe organizar su empresa de forma tal que la misma resulte salubre, tanto respecto de sus trabajadores como de terceros, siendo ello una derivación del denominado “riesgo de empresa”.

- c. Asimismo, el **trabajador** también tiene responsabilidades en la materia, no solo por la preservación de su salud, sino también de sus compañeros de trabajo y terceros, todo lo cual hace a la “salud laboral colectiva”.
- d. Por su parte, las **ART** también son deudoras de este deber, según se desprende de su objeto (art. 26, ap. 1 LRT) y sus obligaciones (art. 31, ap. a, en especial inc. c); explicitados por la CSJN en el caso “Torrillo”.<sup>(4)</sup>

.....  
(4) CSJN, “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina SA y otro”, 31/03/2009, Fallos: 332:709, [en línea] AR/JUR/2374/2009.

## 7 | Normas nacionales vigentes

Entre las normas nacionales vigentes, podemos mencionar:

1. El art. 14 bis de la Constitución Nacional, que establece: “el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor”.
2. La Ley 19.587 de Higiene y Seguridad en el Trabajo —reglamentada mediante el decreto 351/1979— expresa en su art. 4°: “La higiene y seguridad en el trabajo comprenderá las normas técnicas y medidas sanitarias, precautorias, de tutela o de cualquier otra índole que tengan por objeto: a) proteger la vida, preservar y mantener la integridad psicofísica de los trabajadores; b) prevenir, reducir, eliminar o aislar los riesgos de los distintos centros o puestos de trabajo; c) estimular y desarrollar una actitud positiva respecto de la prevención de los accidentes o enfermedades que puedan derivarse de la actividad laboral.

En su art. 9° dispone: “Sin perjuicio de lo que determinen especialmente los reglamentos, son también obligaciones del empleador; a) disponer el examen pre-ocupacional y revisión periódica del personal, registrando sus resultados en el respectivo legajo de salud; b) mantener en buen estado de conservación, utilización y funcionamiento, las maquinarias, instalaciones y útiles de trabajo; c) instalar los equipos necesarios para la renovación del aire y eliminación de gases, vapores y demás impurezas producidas en el curso del trabajo; d) mantener en buen estado de conservación, uso y funcionamiento las instalaciones eléctricas y servicios de aguas potables; e) evitar la acumulación de desechos y residuos que constituyan un riesgo para la salud, efectuando la limpieza y desinfecciones periódicas pertinentes; f) eliminar, aislar o reducir los ruidos y/o vibraciones perjudiciales para la salud de los trabajadores; g) instalar los equipos necesarios para afrontar los riesgos en caso de incendio o cualquier otro siniestro; h) depositar con el resguardo consiguiente y en condiciones de seguridad las sustancias peligrosas; i) disponer de medios adecuados para la inmediata prestación de primeros auxilios; j) colocar y mantener en lugares visibles avisos o carteles que indiquen medidas de higiene y seguridad o adviertan peligrosidad en las maquinarias e instalaciones; k) promover la capacitación del personal en materia de higiene y seguridad en el trabajo, particularmente en lo relativo a la prevención de los riesgos específicos de las tareas asignadas; l) denunciar accidentes y enfermedades del trabajo”.

3. El decreto 1338/1996, en su art. 3°, dispone que “a los efectos del cumplimiento del art. 5° apart. a) de la ley 19.587, los establecimientos deberán contar, con carácter interno o externo según la voluntad del empleador, con Servicios de Medicina del Trabajo y de Higiene y Seguridad en el trabajo, los que tendrán como objetivo fundamental prevenir, en sus respectivas áreas, todo daño que pudiera causarse a la vida y a la salud de los trabajadores por las condiciones

de su trabajo, creando las condiciones para que la salud y la seguridad sean una responsabilidad del conjunto de la organización”.

4. La LRT en el art. 1º, inc. 1, señala que “la prevención de los riesgos (...) se regirán por esta LRT y sus normas reglamentarias”, de forma tal que incluye a los empleadores, a los trabajadores y al propio Estado. A su vez, el inc. 2, ap. a, expresa como objetivo de la LRT: “Reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo”.

La primera parte del inc. 1 del art. 4º LRT dice: “Los empleadores y los trabajadores comprendidos en el ámbito de la LRT, así como las ART están obligados a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo”.

5. Con relación al tema analizado, se destacan: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 7º); Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (art. 5º); entre otros.

Asimismo, se encuentran los convenios y recomendaciones ya mencionados.

6. En 2011, Argentina ratificó dos convenios de la OIT: el 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores (ley 26.693), y el 187 (ley 26.694) sobre el marco promocional de la seguridad y salud de los trabajadores.

El primero establece que la política nacional de seguridad y salud de los trabajadores tendrá por objetivo prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral y sobrevengan durante el trabajo, reduciendo al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo. El Convenio OIT 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores, determina el derecho de retención de tareas por falta de prevención sin sanciones para el empleado<sup>(5)</sup> (1981, ratificado por Argentina y que entró en vigor el 13/01/2015), norma a tener en consideración.

Por su parte, Convenio OIT 187, sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo (2006, ratificado por Argentina, pero que entró en vigor el 13/01/2015) habla ya más expresa y claramente de riesgos o peligros del trabajo —de su evaluación, de combatirlos en su origen, de desarrollar una cultura nacional de prevención en materia de seguridad y salud que incluya información, consultas y formación (art. 3º, Parte III, Política Nacional)—. Igualmente, se habla de la protección de trabajadores “en la medida en que sea razonable y factible” (art. 5º, inc. b).

(5) ARTÍCULO 13: “De conformidad con la práctica y las condiciones nacionales, deberá protegerse de consecuencias injustificadas a todo trabajador que juzgue necesario interrumpir una situación de trabajo por creer, por motivos razonables, que ésta entraña un peligro inminente y grave para su vida o su salud”.



También se sancionaron en nuestro país las leyes 21.663 y 21.664, que aprobaron los convenios de la OIT 139 y 115 (sobre prevención y control de riesgos por sustancias cancerígenas y prevención contra radiaciones ionizantes, respectivamente) que prohíben la realización de determinadas tareas y la utilización de algunos productos peligrosos, aunque la mayoría de las normas referidas a los ambientes de trabajo son de carácter local, provincial o municipal.

## 8 | La ley 24.557: evolución legislativa y reglamentaria

La ley 24.557 fue el producto de la decisión política imperante de privatización. Su entrada en vigencia debió ser dirigida mediante un laudo ministerial y un decreto reglamentario del Poder Ejecutivo Nacional que fijó como fecha de comienzo del nuevo sistema el 01/07/1996.

Siguiendo a Ackerman, la ley 24.557 se basó sobre los siguientes puntos:

- I. **Nuevo diseño normativo:** mientras que las leyes predecesoras eran autosuficientes —por sus limitados propósitos—, la ley 24.557 tuvo que ser auxiliada por el dictado de varios decretos reglamentarios y complementarios y de numerosas resoluciones que emitieron los órganos de control (SRT) y regulación (SSN). Todo ello llevó a la generación de una dificultad adicional para el conocimiento completo y comprensión del nuevo régimen; dificultad que se incrementó frente a las diversas fuentes normativas producidas por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, la Secretaría de Seguridad Social, la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS), la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y otros organismos. Todo ello genera claras contradicciones entre las normas, por lo que algunas (dec. regl. 170/1996, 334/1996, 717/1996, 491/1997) configuran supuestos de inconstitucionalidad.
2. **Vocación de integralidad y preferencia por la prevención en el nuevo sistema:** la ley 24.557 exhibió un abordaje integral e integrado de las cuestiones referidas a los riesgos del trabajo, siendo el objetivo principal “la reducción de la siniestralidad por la vía de la prevención” (art. 1º, ap. 2º, inc. a). A dicho objetivo le siguieron:
  - Deber de las partes de adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo (art. 4º, ap. 1º).
  - Incorporación de un plan de mejoramiento al contrato entre el empleador y el asegurador (art. 4º, ap. 2º).
  - Incorporación de las aseguradoras de riesgos del trabajo como colaboradoras en la fiscalización del cumplimiento de las normas de higiene y seguridad en el trabajo (art. 4º, ap. 4º y art. 31 ap. 1º inc. a).

- Imposición a los empleadores de una sanción agravada en los supuestos daños sufridos por el trabajador como consecuencia del incumplimiento por aquellos de las normas de higiene y seguridad en el trabajo (art. 5°).
- Se prevé la fijación de la cotización de los empleadores en función de la siniestralidad presunta y real de sus establecimientos (art. 24, ap. 1°).
- Obligación de las aseguradoras a asesorar a los empleadores en materia de prevención de riesgos del trabajo (art. 31, ap. 1°, inc. c, y ap. 2°, inc. a).
- Deber de los empleadores de informar y capacitar a sus trabajadores en materia de prevención de riesgos del trabajo (art. 31, ap. 1°, inc. a).
- Se admite la definición de medidas de prevención en los convenios colectivos de trabajo (art. 1°, ap. 2°, inc. d).

Todas estas directivas fueron complementadas por normas reglamentarias como el decreto 170/1996, resolución de la SRT 700/2000, 552/2001, 326/2004 y 559/2009.

3. **Nuevos sujetos:** la Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART), con responsabilidad directa y principal en el desarrollo y promoción de las acciones preventivas y en el otorgamiento y pago de las prestaciones en especie y dinerarias que establece la nueva ley de riesgos. También la Superintendencia de Riesgos del trabajo (SRT), cuya función básica son las de fiscalizar el cumplimiento de la normativa sobre higiene y seguridad, dictar las normas complementarias en la regulación del sistema y supervisar a los entes de gestión.
4. **Vía procesal especial:** se impone mediante la ley una vía procesal administrativa para acceder a las prestaciones reparatorias y para dirimir las controversias que pudieran plantearse entre las aseguradoras y los damnificados o sus derecho habientes. Este procedimiento se apoya en la atribución de competencias propias de los tribunales judiciales a las comisiones médicas creadas para el ámbito previsional contemplando una instancia de revisión ante la justicia federal.

La Ley 24.557 de Riesgos del Trabajo surgió como un novedoso instrumento destinado a superar los defectos del sistema anterior (ley 24.028). Esta normativa circunscribió la responsabilidad en una nueva persona creada por ella, las aseguradoras de riesgos de trabajo, evitando así que los empleadores sean responsables en caso de accidentes y enfermedades profesionales.

Pero dicha ley, cuya bandera fundamental fue la prevención de los riesgos, incluía artículos que se encontraban en pugna con nuestra Carta Magna, y es por ello que la CSJN comenzó a declarar la inconstitucionalidad de varios de esos artículos.

El sistema de responsabilidad tarifado distaba mucho de ser equitativo al momento de reparar las contingencias, las que comparadas con el sistema

de responsabilidad civil del Código Civil entrañaba desigualdades, por lo que se llegó al punto de que una persona accidentada dentro del establecimiento donde prestara sus labores obtenía una prestación dineraria mucho menor a la que podría percibir en caso de padecer un accidente fuera del ámbito laboral.

Es por ello que con la inconstitucionalidad declarada del art. 39 (norma que vedaba la posibilidad de reclamar al empleador por responsabilidad civil) se abrió la puerta a la vía extrasistémica, siendo este el llamado de atención a una ley contraria a los derechos del trabajador. La ley 24.557 "evidenció su imperfección estructural como instrumento de protección social", así se reconoció en los considerandos del decreto 1694/2009.

Luego de una sucesión de fallos de la Excma. Corte Suprema —"Aquino",<sup>(6)</sup> "Llosco",<sup>(7)</sup> "Milone",<sup>(8)</sup> "Castillo",<sup>(9)</sup> "Venialgo",<sup>(10)</sup> "Marchetti",<sup>(11)</sup> "Silva",<sup>(12)</sup> "Suárez Guimbard",<sup>(13)</sup> "Torrillo",<sup>(14)</sup> "Arostegui",<sup>(15)</sup> "Lucca de Hoz",<sup>(16)</sup>

(6) CSJN, "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA", 21/09/2004, Fallos: 327:3753, [en línea] AR/JUR/2113/2004.

(7) CSJN, "Llosco, Raúl c/ Irmis SA", 12/06/2007, Fallos: 330:2696, [en línea] AR/JUR/1800/2007.

(8) CSJN, "Milone, Juan A. c/ Asociart SA ART", 26/10/2004, Fallos: 327:4607, [en línea] AR/JUR/2714/2004.

(9) CSJN, "Castillo, Ángel S. c/ Cerámica Alberdi SA", 07/09/2004, Fallos: 327:3610, [en línea] AR/JUR/2065/2004.

(10) CSJN, "Venialgo, Inocencio c/ Mapfre Aconcagua ART", 13/03/2007, [en línea] AR/JUR/12212/2007.

(11) CSJN, "Marchetti, Néstor Gabriel c/ La Caja ART SA", 04/12/2007, [en línea] AR/JUR/10863/2007.

(12) CSJN, "Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina SA", 18/12/2007, Fallos: 330:5435, [en línea] AR/JUR/8096/2007.

(13) CSJN, "Suárez Guimbard, Lourdes c/ Siembra AFJP SA", 24/06/2008, Fallos: 331:1510, [en línea] AR/JUR/3436/2008.

(14) CSJN, "Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina SA y otro", 31/03/2009, Fallos: 332:709, [en línea] AR/JUR/2374/2009.

(15) CSJN, "Arostegui Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pamental Peluso y Compañía", 08/04/2008, Fallos: 331:570, [en línea] AR/JUR/429/2008.

(16) CSJN, "Lucca de Hoz, Mirta Liliana c/ Taddei, Eduardo y otro", 17/08/2010, Fallos: 333:1433, [en línea] AR/JUR/43652/2010.

“Ascuá”<sup>(17)</sup> entre otros—, se cerró un largo debate, perdido por aquellos que trataron de justificar la Ley de Riesgos y, paradójicamente, los mismos sectores que se beneficiaron con su aplicación inicial. Después de 16 años de vigencia de la misma, y luego de haberse dictado el tan necesario decreto 1694/2009, se sancionó la ley 26.773, complementaria a la tan vapuleada 24.557.

La exposición de motivos de la nueva normativa indica que a los fines de reformular la ley de riesgos se tuvo en consideración los reproches realizados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, las opiniones de expertos y las necesidades de los actores sociales, por lo que se dispuso la mejora de las prestaciones dinerarias con el dictado del decreto 1694/2009. Y con la nueva ley el **objetivo fue que se atiende a la reparación** de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales configurando un régimen de reparación que integre las normas de la especialidad. Pero en la 26.773 no aparece norma alguna relativa a la prevención.

Refiere la Exposición de Motivos de la ley 26.773: “La clave de bóveda de la iniciativa se resume en facilitar el acceso del trabajador a la reparación, para que la cobertura sea justa, rápida y plena, brindando un ámbito de seguridad jurídica que garantice al damnificado y a su familia un mecanismo eficaz de tutela en el desarrollo de su vida laboral”.

No obstante lo poético de la frase, de la lectura de la nueva ley surge sin dudas la intención del legislador de evitar que el trabajador ocurra a la justicia a solicitar las reparaciones del sistema con fundamento en la responsabilidad civil.

Claramente no es una ley integral, sino un complemento de la anterior.

Pero también debe reconocerse que no todo es negativo en esta ley. La actualización semestral de las prestaciones dinerarias a través del dictado de las resoluciones emanadas de la Superintendencia de Servicios de Salud<sup>(18)</sup> resulta ser el mejor de sus aspectos.

---

(17) CSJN, “Ascuá, Luis Ricardo c/ SOMISA”, 10/08/2010, Fallos: 333:1361, [en línea] AR/JUR/39553/2010.

(18) Hasta la fecha se han dictado cuatro: 34/2013; 3/2014; 22/2014 y 6/2015.

A su vez, es loable el hecho de que a las prestaciones dinerarias del art. 11 (adicional de pago único) y las correspondientes según el grado de incapacidad del art. 14 y 15 de la 24.557, se le adicione un 20% de lo que se estime, tratando así de compensar al infortunado en cada caso.

En mi opinión, era necesaria una ley integral que contemplara lo establecido en la ley 24.557, el decreto 1694/2009 y lo ordenado en la ley 26.773.

Asimismo, detrás de toda la normativa considero que también es necesaria la interacción con los organismos obligados a controlar a quienes deben prevenir los riesgos y evitar los infortunios. Es vasta la normativa de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo mediante la cual se exigen determinados mecanismos a implementar en cada lugar de trabajo a fines de prevenir. Ello es lo fundamental si lo que se quiere es tender a resguardar los derechos más elementales de cada trabajador.

“Prevención” y “reparación” son dos conceptos vinculados aunque opuestos, ya que la reparación presupone el daño y por ende la ruptura de equilibrio jurídico, mientras que la prevención intenta que el mismo permanezca inmutable.

En suma, siendo la ley 24.557 de materia prevencional, el énfasis se ha puesto en la reparación, en tanto las modalidades establecidas por aquella ley resultaron a la luz de la CN ineficientes; y con la 26.773 se quiere compensar dichos errores dejando de lado la prevención.

## 9 | El deber de seguridad personal

La primera regulación de este deber fue el art. 83 de la ley 20.744. La reforma introducida por la ley 21.297 modificó el artículo, que quedó regulado en los términos dados por el art. 75, decreto 390/1976. Posteriormente, la ley 24.557 (art. 49) lo modificó nuevamente de la siguiente manera:

Deber de seguridad. 1. El empleador está obligado a observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo y a hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en el ordenamiento legal. 2. Los daños que sufra el trabajador como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del apartado anterior, se regirán por las

normas que regulan la reparación de los daños provocados por accidentes en el trabajo y enfermedades profesionales, dando lugar únicamente a las prestaciones en ellas establecidas.

Actualmente, el deber de seguridad surge también de otras normas de la LCT y de otras leyes, por ejemplo: arts. 188 —certificado de aptitud física en los menores— y 195 —presunción de culpa del empleador en accidentes o enfermedades de menores— LCT, LHS y su decreto reglamentario 351/1979, y LRT. Otras disposiciones de la LCT se ocupan de él tangencialmente (entre ellas, los arts. 17, 66, 68, 70, 73, 75, 76 y 77), y también diversos convenios colectivos de trabajo y estatutos profesionales.

La modificación que del art. 75 efectuara la ley 24.557 se presentó a sí misma como una ley superadora de toda la regulación normativa que rigió en nuestro país por más de 80 años al tener en cuenta expresamente, en lo que nos concierne, la función preventiva de daños. Sin embargo, “existió una desconexión entre los objetivos declamados y las medidas implementadas para su cumplimiento”. Si bien el objetivo principal era la prevención, solo se le dedicó el Capítulo II, que consta de dos artículos (arts. 4º y 5º).

Esta tendencia a minusvalorar la prevención a pesar de estar inserta en el texto legal se constata no bien se advierte que la ley 26.773 no ha hecho hincapié en un aspecto: la prevención.

Es decir que en el canal preventivo la regla estatal (ley 19.587) funciona como norma básica respecto de la higiene y seguridad laboral y el art. 75 LCT estructura el deber de seguridad, abriéndolo a los nuevos requerimientos científico-tecnológicos y a la experiencia:

El incumplimiento de la obligación de seguridad como una verdadera prestación debida en el contrato de trabajo y sus notas típicas (contractual, tácita, autónoma, secundaria y de resultado) por parte del empleador genera un supuesto de responsabilidad contractual imputable directamente a este.

Es necesario que la ley 19.587 sea parte de una ley de riesgos del trabajo, que se amalgame y se controle su aplicación.

A decir de Ramírez, con quien coincido:

... la inmensa mayoría de los siniestros laborales son evitables, reconoce la propia OIT, pero no mientras vivamos en un sistema que se apoya en valores que privilegian la defensa del lucro y la tasa de ganancia, antes que el cuidado de la salud y la vida de los trabajadores.

El derecho a la prevención debe ocupar un lugar central en lo referido a los infortunios del trabajo. Pero lamentablemente pareciera que no está entre las prioridades de la actual política social, como lo prueba la reciente aprobación de la ley 26.773, que se limita a un aspecto puntual del sistema resarcitorio (la relación entre la acción civil y la especial) sin ninguna referencia al derecho a la salud de los trabajadores.

Asimismo, y de modo muy genérico sin entrar a efectuar un análisis profundo del tema, es necesario señalar el vínculo entre la prevención y la interpretación económica del derecho.

El fundamento doctrinario del proyecto que propone limitar el acceso a la reparación integral proviene de la llamada "interpretación económica del derecho", que coloca una mirada preferente no ya en las víctimas de daños injustamente sufridos, sino en los "dañadores", en las empresas, que por la índole de su actividad son proclives a producir daños, pretendiendo la disminución de la responsabilidad indemnizatoria, para estimular la producción y la generación de empleo.

Refiere Irigoyen Testa:

Desde el análisis económico del derecho el sistema de responsabilidad cumple dos funciones principales. La primera es de disuasión o prevención; controla el nivel óptimo de daños tolerables en una sociedad, a partir del nivel de actividad y prevención adoptada por parte de los individuos. La segunda es la compensación de los perjuicios sufridos por las víctimas. Se puede afirmar que la primera función se logra mediante la segunda, y cuando esta es insuficiente o inadecuada para crear los incentivos óptimos, se complementa con la función sancionatoria.<sup>(19)</sup>

.....  
(19) IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, "Daños punitivos: Análisis Económico del Derecho y Teoría de Juegos", en *Jurisprudencia Argentina*, 2006-II, Número especial sobre Derecho y Economía,

Refiere Lorenzetti que en los fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial de 1998 se señaló con claridad que “la prevención tiene un sentido profundamente humanista pero, a la vez, es económicamente eficiente. Porque la evitación de daños no solo es valiosa desde la perspectiva ética, sino también desde el puro punto de vista macro-económico”.

En suma, las normas legales a las que se refiere el art. 75 LCT son: la Ley 19.857 de Higiene y Seguridad en el Trabajo, su decreto reglamentario 351/1979, la Ley de Riesgos del Trabajo 24.557 y la ley 26.773 —Régimen de Ordenamiento de la Reparación de los Daños derivados de los Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales—.

La remisión del art. 75 LCT a normas reglamentarias de protección del trabajo asigna a las obligaciones el carácter de contractual, por lo que se exige un comportamiento jurídico no solo por la autoridad administrativa del trabajo que vigila el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, sino también por parte del trabajador.

Además de las normas ya mencionadas a las que remite el art. 75 LCT, el empleador debe observar las disposiciones reglamentarias entre las que se encuentran el decreto 351/1979 y la resolución de la SRT 37/2010 sobre los exámenes médicos de prevención de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, entre otras.

Ahora bien, volviendo al instituto de la acción de prevención del CCyC, su articulado inexorablemente nos lleva a pensar en el “deber de seguridad” que tienen los empleadores porque la Ley de Contrato de Trabajo así lo ordena en el art. 75 y las normas que se desprenden de esta.

A decir de Irene Vasilachis de Gialdino, “las condiciones de trabajo son el conjunto de propiedades que caracterizan la situación de trabajo, que influyen en la prestación del mismo y pueden afectar la salud física y mental del trabajador y su comportamiento social”.<sup>(20)</sup>

.....  
fascículo n° 7, LexisNexis, mayo de 2006, pp. 36/52; JA, 2006-II-1024 (AbeledoPerrot 0003/012583), p. 5, citado por Guido M. Selvarolo Arcuri, “La función preventiva en la responsabilidad civil y el rol de los daños punitivos”, en RcyS, 2015-VIII, p. 18, [en línea] AR/DOC/2072/2015).

(20) VASILACHIS DE GIALDINO, *Las condiciones de Trabajo*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1986, p. 73.



A estos fines es que debe resguardarse la integridad del trabajador, desde que la afectación a su salud —siendo la fuerza de trabajo el elemento primordial en cualquier relación laboral— puede llegar a repercutir no solo en el futuro del empleado, sino en toda su familia.

Es por eso que debe ponerse hincapié en la prevención de los riesgos más que en la reparación, cuestión que Argentina no tiene aún resuelta, si bien la sanción de la ley 24.557 fue un gran avance en ese sentido.

También es obligación tanto del Estado como de los sujetos obligados por las leyes y los empresarios empleadores tomar conciencia de lo fundamental que es prevenir, implementando políticas acordes a ello.

## 10 | Herramientas procesales

Analizados hasta aquí los aspectos del derecho civil y los específicos del derecho laboral, que permiten el uso de la acción de prevención en el derecho del trabajo, cabe indagar sobre las herramientas mediante las cuales podrá hacerse efectiva esta acción.

El Código nos trae dos tipos de herramientas a utilizar y a legislar por los Códigos de procedimientos de las provincias:

1. **Tutela preventiva por medio de una resolución autosatisfactiva:** la medida autosatisfactiva está supeditada a la concurrencia simultánea de circunstancias infrecuentes derivadas de la urgencia impostergable en la que el factor tiempo y la prontitud aparecen como perentorios. De la fuerte verosimilitud sobre los hechos, con grado de certidumbre acreditado al inicio del requerimiento o, en su caso, de sumaria comprobación. Se pueden decretar *inaudita parte* y ello no vulnera los principios de defensa, bilateralidad y contradicción. Es una solución urgente, no cautelar, despachable *in extremis*, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial.
2. **Tutela anticipada:** permite adelantar (total o parcialmente) el resultado de la sentencia definitiva a favor del sujeto procesal impedido de aguardar el agotamiento de los estadios que conduzcan a su firmeza definitiva. Se utiliza también otras acepciones como “cautela material” o “cautela sustancial”, “cautela definitiva”, “medidas anticipatorias materiales o definitivas” y, por oposición a medida cautelar, provisoria, asegurativa, interinal. Las primeras agotan la litis, las otras son accesorias al planteo principal.

Ambas acciones convivirán con las herramientas ya existentes como son:

1. **la sentencia meramente declarativa para prevenir el ulterior incumplimiento:** el mantenimiento de la legalidad puede ser puesto en peligro no solo por la transgresión de un mandato jurídico, sino también ante la falta de certeza de un mandato aún no transgredido. Esta herramienta la encontramos en el art. 1º CPCC santafesino y en el art. 2º, inc. h CPL (ley 13.039);
2. **el mandato preventivo de daños:** el mandato oficioso que el juez decide emitir para evitar la repetición del perjuicio tiende a evitar un perjuicio futuro a la misma víctima o a un tercero. No es un caso de pretensión preventiva principal. Se presenta en la sentencia que dirime el pleito principal cuando el magistrado detecta la existencia de un factor de amenaza de daño. Ejemplo de ello lo demostró la propia CSJN en el caso "Carrizo";
3. **el amparo preventivo ante la amenaza de daño:** acción de creación pretoriana, que fue incorporada a nuestra Constitución Nacional con la reforma del año 1994, para interponerse no solo ante la transgresión del derecho, sino simplemente ante su amenaza;<sup>(21)</sup>
4. **prevención del daño y las medidas cautelares:** la medida cautelar es una protección accesoria que el orden jurídico concede al justiciable, a fin de neutralizar el daño que origina la restitución solo mediata del derecho o el tiempo que demanda la sustanciación del proceso, tratando de evitar que la prestación jurisdiccional se torne ilusoria por el transcurso del tiempo. O también para corregir la desigualdad que durante el curso del proceso podría eventualmente afectar a uno de los contendientes restableciendo el equilibrio roto. Dentro de ellas contamos con las medidas innovativas o la prohibición de innovar. Ejemplo de estas han sido los casos emblemáticos "Camacho Acosta" y "Pardo", donde han sido la medida innovativa o la prohibición de innovar con efecto retroactivo las que han posibilitado concretar el pronunciamiento "anticipatorio" emitido y evitar, de esa manera, el agravamiento del perjuicio sufrido por el reclamante.

A estas se suman otras como: la aplicación de astreintes para disuadir al condenado al cumplimiento del mandato judicial; el llamado de atención para evitar la aplicación de sanciones disciplinarias; el daño punitivo de la ley de defensa del consumidor, entre otras.

---

(21) El art. 43 CN expresa: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o 'amenace', con arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva".

## II | La acción preventiva en el derecho laboral

Luego de todo lo expuesto no cabe duda de que el trabajador o los trabajadores que se encuentren sometidos al riesgo de sufrir un daño actual o inminente en su salud física o mental, con motivo del cumplimiento de sus deberes contractuales de prestar su fuerza de trabajo, pueden ejercer esta acción para evitar los actos u omisiones antijurídicas que los exponga a sufrir un perjuicio en la integridad psicofísica de su persona, su continuidad o agravamiento. Es indudable que estos trabajadores reúnen las condiciones de legitimación que exige el art. 1712, ya que no solo son titulares de un interés razonable, sino de un verdadero derecho subjetivo derivado de la obligación contractual de seguridad a cargo del empleador.

Asimismo, como legitimado activo, y teniendo en cuenta las consecuencias que podría acarrear un planteo individual (v. gr., despido represalia), entiendo que el legitimado activo óptimo serían los delegados sindicales o los sindicatos mismos, quienes estarían en condiciones de efectuar la acción a fin de resguardar la integridad psicofísica de sus representados.

Además del listado de herramientas procesales que se ha brindado, Carlos Etala refiere que sin perjuicio de lo que dispongan los códigos procesales, estando en juego en estas situaciones la efectiva vigencia de garantías constitucionales, como las "condiciones dignas y equitativas de labor", o la de "jornada limitada", hace hincapié en la utilización de la "acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo", tal como lo expone el art. 43 CN.

## 12 | Colofón

El CCyC ha elegido ensanchar la responsabilidad civil hasta ahora conocida. Ha pasado de ser un mecanismo de respuesta del derecho privado ante daños causados por un deudor culpable a un individuo singular, para repararlos en su patrimonio cuando ya los daños se han verificado. Hoy consagra una regulación más amplia que incluye una función preventiva y un deber de prevención del daño. La Revolución Industrial llevó a que se comenzara a hablar de la "teoría del riesgo creado" o del

“riesgo profesional”, el desarrollo del derecho del trabajo, la creciente intervención del Estado en las relaciones jurídicas y la valorización de la persona humana post Reforma constitucional del año 1994.

La tutela de prevención es hoy un instituto de derecho sustancial que constituye una de las tres funciones de la responsabilidad civil. Si bien es necesaria su articulación procesal, la doctrina y jurisprudencia ya vienen dando respuesta y creando herramientas que podrían dar luz verde a esta acción, la que puede consistir en una medida autosatisfactiva o una tutela anticipada.

Ello conlleva a que la función preventiva y el deber de prevención consagrados en el ámbito civil sea plenamente aplicable y se la vincule con el deber de seguridad contractual impuesto al empleador por las normas laborales.

La obligación de prevención de daños es uno de los principales objetivos pronunciados por la legislación laboral.

La LRT obliga al empleador y a su aseguradora a prevenir eficazmente los riesgos del trabajo.

El empleador se encuentra legalmente obligado a observar las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo, y la aseguradora debe controlar que ello se cumpla y, en su caso, efectuar las denuncias pertinentes a la SRT. Asimismo, las ART tienen un deber explícito de promover la prevención, brindar asistencia técnica, efectuar capacitaciones y controles.

El trabajador podrá abstenerse de prestar tareas en caso de incumplimiento de las obligaciones de la contraparte pero también puede reclamar de su empleador el cumplimiento de los deberes de prevención para que la aludida ocupación se concrete y sea segura.

Los trabajadores, delegados sindicales de las empresas o sindicatos son los legitimados activos para deducir esta acción contra los empleadores, aseguradoras, organismos de contralor administrativos, prestadoras de salud, etc.

La prevención está ínsita en el sistema y aunque diseminadas, en material laboral, las normas existen y debe prestársele atención. También es cierto

que será una cuestión de información a los trabajadores, de buen asesoramiento legal a fin de hacerles saber que esta herramienta existe. Caerá en cabeza entonces de los obligados o de aquellos que tengan la buena voluntad de pensar en la salud integral del trabajador para no caer en el pensamiento *pos facto* de ver a cuánto ascenderá la indemnización por el daño padecido.

Como bien lo explica Irene Vasilachis de Gialdino: “En cuanto a la prevención de los riesgos profesionales, creemos necesario destacar que cuánto más tarde se producen las acciones de carácter preventivo y cuanto más cerca del final del proceso productivo, menos se cumple el objetivo de protección de la salud del trabajador”.<sup>(22)</sup>

O como dijo Erasmo de Rotterdam: “mejor prevenir que curar”.

---

.....  
(22) VASILACHIS DE GIALDINO, IRENE, *op. cit.*, p. 74.



# El procedimiento laboral y el Código Civil y Comercial de la Nación<sup>(1)</sup>

por EMILIO E. ROMUALDI<sup>(2)</sup>

## I | Introducción

El proceso<sup>(3)</sup> son el conjunto de reglas que establece el método<sup>(4)</sup> de reconstrucción de conductas pasadas que deberán ser valoradas por los jueces y que, subsumidas en normas jurídicas, permitirán dirimir un conflicto entre las personas. Como afirma Rivas,<sup>(5)</sup> hoy se sostiene la unidad funcional de las diversas ramas procesales que, siendo autónomas del derecho sustantivo, tienen un objeto único. Este, cualquiera sea la pretensión, es establecer los pasos necesarios para realizar la reconstrucción histórica de los hechos, a fin de que el magistrado pueda evaluarlos al momento de dictar sentencia o que las partes lleguen a un acuerdo que ponga fin a sus pretensiones litigiosas.

.....

(1) Trabajo dedicado a Raúl A. J. Lascurain, juez comprometido con la justicia, profesor notable y amigo entrañable que, dormido, espera posiblemente el desenlace menos querido por quienes lo apreciamos.

(2) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, UK. Juez del Trabajo, Provincia de Buenos Aires. Profesor Titular, Escuela de Graduados de UK. Profesor Titular de Derecho Procesal Civil y Comercial, UK. Profesor Titular, UCALP. Miembro de la Asociación de Magistrados del Trabajo de la República Argentina y de la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Trabajo de la Provincia de Buenos Aires.

(3) Conforme Real Academia Española, proceso es el conjunto de fases sucesivas que constituyen un hecho, fenómeno u operación.

(4) Conforme Real Academia Española, método es el procedimiento que se usa para hacer algo.

(5) RIVAS, ADOLFO A., *Teoría General del Derecho Procesal*, Bs. As., LexisNexis, 2005, p. 34.

A tal fin, las normas procesales son directivas dirigidas no solo a las partes sino también al juez, que establecen el método que se utilizará para realizar esta tarea. Así, estas reglas operan como límite a la actividad de las partes y el juez, como un verdadero árbitro que, durante la instrucción del juicio, y sin tener en cuenta el derecho sustantivo, se limita a cuidar que se cumplan esos límites.

Una vez concluida la reconstrucción histórica, las partes le podrán expresar al juez cómo debería valorarlas —esta es la verdadera función del alegato sobre la prueba— y luego, finalmente, el magistrado, realizada su valoración, establecerá la solución al caso con fundamento en la norma jurídica de derecho sustantivo que considere aplicable a este.

Comprender que todo proceso tiene esta finalidad —reconstrucción histórica de los hechos mediante los medios de prueba, conforme la versión que cada parte diera en su escrito de demanda y contestación— es entender su esencia misma como método. Lo que se ventila en un proceso son hechos y no normas. Algunas de estas —las procesales— rigen la forma de hacer la reconstrucción y otras —las sustantivas— serán las que utilizará el juez para fundamentar la resolución del caso.

Ahora bien, este método se sostiene en base a dos variables con fuentes distintas. La primera variable, casi obvia, son los límites propios del “camino unidireccional” (dado que conforme el principio de preclusión no hay posibilidad de retomar el trecho ya andado en el proceso) regido por los plazos y los actos procesales establecidos como válidos y las pruebas admitidas, que, a su vez, tienen una directa relación con los hechos que se pretenden acreditar dado el principio de no sustitución de los medios probatorios.

La segunda variable se vincula con el principio de la carga de la prueba de los hechos objeto de controversia en el pleito.

Respecto de este aspecto simplemente referiré al problema del principio de disponibilidad propio del procedimiento, que limita la actividad de los jueces a validar los hechos invocados por las partes, y su imposibilidad de incorporar a la resolución de la controversia aquellos que, aun cuando hayan ocurrido, no fueron debidamente invocados en la demanda y/o contestación de la misma.



En tal sentido, refiere Couture<sup>(6)</sup> que la sentencia es el acto emanado de los agentes de la jurisdicción mediante el cual se deciden la causa o los puntos sometidos a su conocimiento. En una primera operación, deriva de los términos mismos de la demanda; y, en definitiva, el juez debe hallar ante sí el conjunto de hechos narrados por las partes en sus escritos de demanda y contestación, y las pruebas sobre esos hechos que se hubieran producido para depararle convicción de la verdad y permitirle efectuar la verificación de sus respectivas posiciones.

La decisión que adopte el juez para resolver el litigio debe ser congruente con la forma en la cual ha quedado trabada la relación jurídico procesal, sin que corresponda alterar o modificar en aspectos esenciales, las pretensiones o articulaciones formuladas por las partes<sup>(7)</sup> (art. 163, inc. 6°, CPCCN).

Así, claramente el concepto de "verdad objetiva" se reemplaza por el de "verdad dispuesta por las partes". La afectación de este principio implica, en virtud del principio de congruencia, la consecuente nulidad o arbitrariedad de la sentencia conforme cada ordenamiento procesal. Se ha dicho que

... el principio de congruencia se vincula, básicamente, con la forma en que los órganos jurisdiccionales deben resolver las cuestiones sometidas a su decisión, teniendo en cuenta los términos en que quedó articulada la relación procesal, esto es, sin incurrir en omisiones o demasías decisorias. El destino de dicha directriz es conducir el proceso en términos de razonable equilibrio dentro de la bilateralidad del contradictorio, imponiendo que la sentencia se muestre atenta a la pretensión jurídica que forma el contenido de la disputa (...) Es principio consagrado por los arts. 34 inc. 4° y 163 inc. 6° del CPCCN y 47 de la actual ley 11.653 la imposibilidad de los jueces de dictar sentencia extra petita, esto es, apartándose de los términos de la relación procesal toda vez que, de lo contrario, infringirían el principio

(6) COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, 1981, p. 277 y ss.

(7) COLOMBO, CARLOS J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Anotado y Comentado*, Bs. As., AbeledoPerrot, t. I, p. 281 y ss.

de congruencia entendido como la correspondencia entre la sentencia y el pedimento formulado respecto de las personas, el objeto y la causa.<sup>(8)</sup>

Es cierto que la CSJN sostiene que la búsqueda de la verdad jurídica objetiva es deber primordial de un adecuado servicio de justicia y que, con relación a la facultad de los tribunales de trabajo sobre sus amplias facultades de investigación, se ha dicho que la búsqueda de la verdad jurídica objetiva es deber primordial del adecuado servicio de justicia que garantiza el art. 18 CN. Así, dentro de las amplias facultades de investigación a cargo de los tribunales del trabajo, debe computarse la de compulsar elementos de convicción de otro juicio con evidente conexión con el que decide.<sup>(9)</sup>

Más aun, se ha establecido que “debe descalificarse el fallo cuyas motivaciones revelan un tecnicismo procesal contrario al deber primordial de un adecuado servicio de justicia en la inteligencia de que debe acordársele primacía a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, pues a estar a su conclusión final es evidente que el juzgador de grado no extremó la averiguación de los hechos”.<sup>(10)</sup>

Sin embargo, obsérvese que lo que el juez debe extremar, conforme el ya consagrado “activismo jurisdiccional” sobre la base de las pautas de “publicización”, son los medios investigativos —pero, ellos, para averiguar los hechos sobre los que las partes sustentaron sus pretensiones procesales—.

En tal sentido, el juez desarrolla una activa labor, dirigiendo el proceso en el marco de la tutela judicial continua y efectiva, asegurada constitucionalmente. En el marco de esa tarea hay varios principios que dan fundamento a la reconducción: el del *iura novit curia*, el de subsanación, el de conservación, el de economía, el de instrumentalidad de las formas. Pero ellos pueden entrar en tensión con otros que indican que los jueces

.....  
(8) SCBA, “Santore, Fabiana Gisela y otros contra Asociación Civil ATE III, IV, V, VI y VII. Indemnización por despido”, 19/02/2015, causa L. 117223.

(9) SCBA, “Vanucci, Omar Juan y otro c/ Bank Boston NA s/Indemnización por despido”, 29/05/2013, causa L. 108109.

(10) SCBA “Duhalde, Sergio Fabián c/ Ormas SACI y C. s/Indemnización por accidente”, 29/12/1994, causa L. 56052.

deben respetar el sistema dispositivo, la congruencia, la imparcialidad, la igualdad de las partes, el derecho de defensa, las cargas procesales y las consecuencias de su incumplimiento, etc. De allí que se reconozcan límites, pues una utilización imprudente puede llegar a desnaturalizar su sentido colisionando en definitiva con el debido proceso y, por tanto, con el debido derecho de defensa en juicio que el derecho procesal reglamenta normativamente

Ahora bien, retomando el análisis de la segunda variante, cabe establecer que las partes tienen la carga de aportar la prueba de sus afirmaciones; al actor le incumbe la obligación de acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca y al demandado los extintivos, impositivos o modificativos que opone a aquellos.

En este sentido, Chioyenda, citado por Fenochietto,<sup>(11)</sup> sostenía que la carga de la prueba se reduce, por consiguiente, a establecer cuáles son los hechos que, considerados como existentes por el juez, bastan para inducirlo a estimar la demanda. En definitiva, puede decirse que la regla que establece la carga de la prueba distribuye el riesgo procesal frente a la falta o insuficiencia de prueba de los hechos que constituyen el derecho o impiden o extinguen la pretensión de su reconocimiento. Es decir, establece cuál de las partes corre el riesgo de que su pretensión pretensora o defensiva no sea satisfecha por incumplimiento del *onus probandi* a su cargo respecto de determinado hecho controvertido.

Como bien se ha sostenido:

... para definir con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba es indispensable distinguir dos aspectos de la noción:

- Es una regla para el juzgador porque le indica cómo debe fallar el fondo de la controversia cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión,
- Es una regla de conducta para las partes porque indirectamente les señala cuales son los hechos que a cada una les interesa probar para evitarse las consecuencias desfavorables que provoca la incertidumbre sobre los mismos.<sup>(12)</sup>

(11) FENOCHIETTO, CARLOS E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, 2ª. ed., Bs. As., Astrea, 2001, p. 491.

(12) TRIB. TRAB. N° 3 LA MATANZA, "Benítez, Cristian Adrián c/ ESSO Petrolera Argentina SRL s/ Despido", Expte. N° 8894.

En este sentido, la SCBA ha sostenido que “la carga de la prueba no atiene de tanto al carácter de actor o de demandado sino a la naturaleza de los hechos según sea la función que desempeñan respecto de la pretensión, de manera que mientras el actor debe probar el acto constitutivo de su derecho, el demandado debe probar los hechos contrapuestos que le son favorables por ser impeditivos o extintivos”.<sup>(13)</sup> De este modo, “las partes tienen la carga de aportar la prueba de sus afirmaciones o, en caso contrario, soportar las consecuencias de omitir ese imperativo en el propio interés. Al actor le incumbe la obligación de acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca y al demandado los extintivos, impeditivos o modificativos que opone a aquéllos (art. 375 CPCC)”.<sup>(14)</sup>

Es en ese marco se insertan las presunciones legales que tienen su fuente en la norma sustantiva o en la jurisprudencia. Ello así, dado que el actor siempre va a tener la carga de acreditar los presupuestos de hecho de la norma que invoca y cuya aplicación reclama, salvo la existencia de presunciones legales por la que se le dispensa de probar los hechos que la ley tiene como ciertos y solo debe justificar aquellos en los la que la presunción se asienta.

En el derecho laboral tenemos presunciones tales como la prestación de servicios que genera la presunción *juris tantum* prevista por el art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo (arts. 21 y 22 LCT) o el sistema indemnizatorio previsto por ley 9688, seguido por la ley 24.028 —seguido en gran parte por la ley 24.557— que constituyeron un sistema cerrado dentro del

(13) SCBA, “Casas, Félix Argentino c/Hierromat SA s/Cobro de australes”, 10/08/1993, Ac 48852; “Bigatti, Mario Raúl y otra c/Cambio, Agustín Antonio s/Daños y perjuicios”, 04/04/1995, Ac 52441; AyS 1995 I, 597; “Julien, Osvaldo César c/García, Gustavo Alberto y otro s/Daños y perjuicios”, 02/10/2002, Ac 76760.

(14) SCBA, causa L. 33625, 28/08/1984, “Ruiz Diaz, Valentín c/Microómnibus Norte s/Despido”: AyS 1984-I, 582; causa L. 33354, 26/03/1985, “Monfort, Irene c/Clinica y Maternidad Libertad SA s/Cobro de diferencias de indemnizaciones, etc.”; causa L. 35795, 03/06/1986, “Borsani, Jorge Alberto c/Compañía Gillette de Argentina s/Indemnización, diferencia de haberes, etc”. LL 1987-C, 423 - DJBA 131, 133 - AyS 1986 I, 722; causa L. 37357, 16/06/1987, “Tischer, Jorge Claudio c/Daghelinck, José Julio María s/Despido”, AyS 1987-II, 391; causa L. 39534, 12/04/1988, “Claussen Frías, Luis Enrique c/Motos Porta SRL Galicia y Río de La Plata Cía. de Seguros s/Indemnización por accidente de trabajo”, AyS 1988-I, 613; causa L. 39673, 23/05/1989, “Enciso, Aladino y otros c/Compesca SA s/Haberes adeudados”, DJBA 137 89-05-27, TSS 1989, 1002 - AyS 1989-II, 182 - ED 137, 252; causa L. 46215, 02/07/1991, “Castillo, Crecencio Amado c/Expreso del Sud SA s/Despido”, TSS/91 - DT 1992-A 450 - AyS 1991-II, 395 - DJBA 142, 267; causa L. 84686, 22/08/2007, “Silva, Juan J. c/ESEBA SA s/Despido, etc.”.

que existían mecanismos que permitían al trabajador una más abarcativa y expedita reparación, en relación a los supuestos exigidos por el derecho común, estableciendo presunciones facilitadoras de la acreditación de los extremos legales requeridos o el art. 55 LCT que establece una presunción a favor de las afirmaciones del trabajador respecto de las circunstancias que deben constar en los asientos de los libros y registros establecidos en los arts. 52 y 54 de dicha ley, y es aplicable cuando, mediando un requerimiento judicial o administrativo, estos no son exhibidos por el empleador.

En el orden jurisprudencial, por ejemplo, la CSJN ha establecido una presunción legal —que, luego, produce la natural modificación de la carga procesal— en el precedente “Pellicori”,<sup>(15)</sup> donde sostuvo que resulta suficiente para la parte que afirma ser víctima de un acto discriminatorio, con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, se presenten idóneos para inducir su existencia —hecho constitutivo—, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación —hecho impeditivo—.

En este marco de análisis, extremadamente rápido, para no decir un tanto superficial, el análisis de la reforma al Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) mediante la ley 26.994 requiere el establecimiento de la influencia que tiene, en el marco del proceso laboral dado, que muchos de sus institutos tengan una directa relación con el derecho laboral sustantivo.

Ello nos lleva a la última aclaración. El derecho sustantivo aporta al proceso, además de presunciones legales, el significado de institutos tales como el domicilio de las personas físicas y/o jurídicas, la representación de las mismas o prueba del derecho extranjero además del problema de la prescripción que, si bien no es procesal, hace a la teoría de la acción en el proceso.

Sin perjuicio de ello, una —si se quiere— tradición normativa argentina hace que entre las normas sustantivas aparezcan algunas que tienen naturaleza esencialmente procesal como era —aún es— el art. 666 bis CC. La

.....

(15) CSJN, “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo”, 15/11/2011.

reforma no está carente de este vicio, como podrá apreciarse más adelante al analizar los términos de la reforma.

En este contexto, analizaré la reforma en algunos aspectos que nos parece relevante a tal fin.

## 2 | La reforma del Código Civil y Comercial. Aspectos generales

La reforma, que unifica los aspectos centrales del derecho privado, establece como regla que las leyes que actualmente integran, complementan o se encuentran incorporadas al Código Civil (CC) o al Código de Comercio (CCom.), excepto lo establecido en el art. 3° de la ley, mantienen su vigencia como leyes que complementan al Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), aprobado por el art. 1° de la ley 26.994.

Asimismo, se realizan derogaciones parciales de las leyes 19.550, 20.266 y sus modificatorias, 24.441, 25.248 y 26.356. Asimismo, si bien se deroga el CCom., los arts. 891, 892, 907, 919, 926, 984 a 996, 999 a 1003 y 1006 a 1017/5 del mismo se incorporan como arts. 631 a 678 de la ley 20.094 (Ley de la Navegación), facultándose al Poder Ejecutivo nacional a reenumerar los artículos de la citada ley en virtud de la incorporación de las normas precedentes. Este último caso es propio de nuestra materia ya que se vincula con el contrato de ajuste del personal embarcado.

En términos generales, la reforma consolida las tendencias jurisprudenciales en los diversos institutos, introduciendo —en particular, en el derecho de familia y la capacidad de las personas— un conjunto de innovaciones con fuente en la ampliación de la tutela humana, el reconocimiento de una sociedad multicultural y la sociabilidad en el ejercicio de los derechos.

En ese marco, en la nueva normativa:

- se establece el paradigma protectorio como regla general de defensa al más débil, y el de no discriminación a fin de garantizar la igualdad;
- se reconoce la protección del consumidor;

- se modifica el paradigma en materia de bienes, derechos reales y sucesiones;
- se regula el régimen general de obligaciones y derechos estableciendo a la responsabilidad civil como un sistema integrado por tres funciones: preventiva, resarcitoria y disuasiva;
- se regulan aspectos de derecho internacional privado y se establece un nuevo sistema de prescripción y caducidad de derechos.

En esta nueva estructura del derecho sustantivo privado, se establecen los nuevos límites de la libertad a los integrantes de la sociedad a la que pertenecen —tanto en sus relaciones entre individuos como de individuos con el Estado— y sin perjuicio de normativa adicional que pueda referirse a cuestiones vinculadas con el derecho internacional privado.

En tal sentido, hay que, en mi opinión comprender, que el dilema de lo que denominamos “el mundo jurídico” —que comprende el económico—, es siempre el límite a la restricción de la libertad individual en pos de sostener la relación social de los integrantes de la sociedad.<sup>(16)</sup>

Ese marco es el que justifica la existencia del Estado (el *Leviatán* de Hobbes) que establece las políticas públicas de limitación a la libertad individual.

La economía —como conducta enmarcada en el mercado—<sup>(17)</sup> está alcanzada por el mismo dilema, ya que en esencia intenta determinar cuál es el grado de la limitación a la libertad de negociación, o libre determinación individual, aceptable en una sociedad determinada. No escapa a esta argumentación el sostenimiento del Estado y las denominadas políticas públicas que se financian con los recursos de los particulares. Así, la sustracción de recursos propios en pos de los intereses colectivos es también una limitación a la libertad. Ello así, ya que me sustraen recursos con los que podría tomar mis propias decisiones en pos de decisiones colectivas, lo que implica una limitación/prohibición a mi libertad.

.....

(16) El hombre como mamífero necesita vivir en manada y, por tanto, establecer reglas de convivencia.

(17) En términos económicos generales, el mercado designa aquel conjunto de personas y organizaciones que participan de alguna forma en la compra y venta de los bienes y servicios o en la utilización de los mismos. Para definir el mercado en el sentido más específico, hay que relacionarlo con otras variables, como el producto o una zona determinada.

Es así que, desde siempre, uno de los temas centrales es el límite a la libertad civil o la libertad en relación a los otros. La lucha entre la libertad y la autoridad es el rasgo fundamental de la historia de la humanidad.<sup>(18)</sup>

Ahora bien, la herramienta del Estado como expresión de lo colectivo es la norma jurídica. Así, porque ella aparece como una circunstancia limitativa de las opciones del ser libre en su necesaria relación con los otros. Ello porque el yo no es superior a las cosas (idealismo) ni las cosas superior al yo (realismo) ya que la realidad es la relación del yo con la circunstancia que constituye nuestra vida. Así, el límite colectivo al programa individual está dado por la norma jurídica que expresa el proyecto colectivo. A la norma le precede el sistema de educación que incorpora en el pequeño los valores del proyecto colectivo.

Es cierto que ese orden puede entrar en conflicto con los valores personales del individuo. De manera tal que la dimensión normativa del derecho resuelve el conflicto conducta individual-requerimiento colectivo en busca de realización los valores jus-personales del mundo jurídico.<sup>(19)</sup>

De manera tal que, como sostenía Kelsen, la plenitud del orden jurídico se concibe como un conjunto finito de prohibiciones, más una norma de clausura (todo lo que no está prohibido está permitido). De este modo, puede afirmar que todo acto humano resulta, necesariamente, capturado por la ley como prohibido o como permitido —por ausencia de su prohibición—, de modo que no existen las lagunas en el derecho. Siempre podrá encontrarse alguna solución. La idea de laguna no refleja sino la discrepancia del intérprete con la solución ofrecida normativamente. La teoría de las lagunas, sostiene Kelsen, no fue sino un intento de convencer a los jueces de que contaban con menos poder del que efectivamente tenían atribuido, haciéndoles creer que solo creaban derecho en supuestos excepcionales, cuando, en realidad, lo hacían permanentemente.

Ello así, ya que la necesaria vida en común requiere de límites a la libertad individual, que pueden estar dados por la negociación individual con el otro o mediante las restricciones colectivas. Es imposible dejar en

.....

(18) MILL, JOHN S., *Sobre la libertad*, Madrid, Sarpe, 1984, p. 27.

(19) HERRERA FIGUEROA, MIGUEL, *Justicia y Sentido*, Bs. As., Leuka, 1955, p. 97.



la absoluta negociación individual el establecimiento de los límites de la totalidad de las relaciones humanas, de forma tal que es primordial establecer mecanismos de limitación heterónoma de la libertad mediante un sistema institucional que conforme las relaciones de poder de cada sociedad. En ese marco se ha sancionado el Código Civil y Comercial (CCyC) mediante la ley 26.994 el que establece este nuevo marco de restricciones.

Ahora bien, el límite a los mecanismos de limitación de nuestra libertad están dados en el art. 19 CN.<sup>(20)</sup> Está claro que dicha norma resguarda la preservación de la intimidad en resguardo de la protección del ser. Ello porque, en su sentido más profundo, resguarda nuestra libertad de pensar y de amar —que es nuestra esencia humana más profunda—.

Entonces, el sistema normativo como expresión de la decisión política de prohibición es, en definitiva, la estructura de la decisión política y como tal de los sectores dominantes en la sociedad. Analizaré seguidamente algunos aspectos de la reforma.

### 3 | La reforma del Código Civil y Comercial y el procedimiento laboral

En el contexto haré un análisis de algunos aspectos de la reforma —más restringidos que los detallados en la exposición que motiva este trabajo— y su incidencia en la normativa laboral.

En tal sentido, me parece oportuno destacar que en esta etapa estamos frente a una especulación o predicción de la posible interpretación que darán los jueces a la nueva normativa. Ello así, ya que carecemos de una jurisprudencia consolidada en la relación de la abstracción normativa y la conducta subsumible en ella. Es decir, la singularización de la generalidad mediante el proceso de significación lógica y valorativa que nos dará el sentido a la norma y su consecuente operatividad en el mundo jurídico. Comenzaré la tarea.

.....  
(20) "Art. 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

### 3.1 | Título Preliminar. Aspectos generales

Un aspecto relevante de la reforma es establecer en su art. 2º<sup>(21)</sup> una regla general de interpretación normativa. El Código Civil (CC) carecía de una regla de este tipo, pudiéndose mencionar a los arts. 15 y 16 CC como normas de esta naturaleza. La trascendencia de la nueva solución es que fija una regla de interpretación normativa que excede el marco del derecho civil y comercial y se expande no solo al resto del derecho privado (incluido el laboral) sino también a las instituciones procesales. La regla se complementa con lo dispuesto por el art. 3º,<sup>(22)</sup> que establece una regla general de carácter eminentemente procesal. Ello así, dado que la ausencia de dicha fundamentación nos lleva naturalmente a la nulidad de la sentencia cuyo remedio es esencialmente procesal. Se abandona así el texto del art. 15 CC por una regla más amplia —con fuerte impronta, en mi opinión, en las teorías de Robert Alexy—, al establecerse que el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

El art. 7º repite, en general, lo dispuesto por el art. 3º CC y deja abierta a la interpretación del sentido de la frase: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, que ha motivado diversas interpretaciones en el fuero y, en particular, las vinculada a las diversas reformas de la ley 24.557. En este sentido, creo que la nueva normativa que mantiene la vieja redacción del Código no modifica la doctrina de la Corte en el precedente Calderón,<sup>(23)</sup> en relación a las normas sustantivas sin perjuicio de que, a diferencia de estas, la de carácter procesal son de aplicación inmediata.<sup>(24)</sup>

.....

(21) “Art. 2º.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus 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”.

(22) “Art. 3º.- Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

(23) CSJN, “Calderón, Celia Marta c/ Asociart ART SA s/ accidente”, 29/04/2014, MJJ85757.

(24) CNAC AP. TRAB. FISCALÍA GENERAL, “Virgilli Darío Ernesto c/ Federación Patronal Seguros SA y otros s/accidente - acción civil”, 08/02/2013.

## 3.2 | Capacidad

La capacidad como regla general para intervenir en juicio resulta una norma sustantiva que tiene directa incidencia con la legitimación procesal de las partes. En tal sentido, la norma se vincula con las excepciones que deben resolverse conforme el art. 47 bis de la normativa ritual de Santa Fe que, a su vez, remite implícitamente a las disposiciones del art. 139 Código Procesal Civil y Comercial.<sup>(25)</sup>

La reforma establece en sus aspectos relevantes la regla general en cuanto a la capacidad jurídica en el art. 22 donde establece que

toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados. Dicha regla general se complementa con las disposiciones del art. 23 en cuanto establece que toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.

Para finalmente reglar, en su art. 31,

... que la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona...

En relación a nuestra materia, que en sus normas particulares regla la denominada capacidad de hecho o de obrar, en la Ley de Contrato de Trabajo en el art. 32, resulta aplicable lo dispuesto por el art. 30 en cuanto establece que:

.....

(25) Decreto 1079/2010—to, ley 7945—, art. 139 CPCC Santa Fe (ley 13.151) Las únicas excepciones que pueden articularse como de previo y especial pronunciamiento son: 1°. Incompetencia. 2°. Falta de personalidad en el actor o de personería en su procurador. 3°. Defecto legal en el modo de proponer la demanda. 4°. Falta de cumplimiento del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

... la persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella.

En sustancia, la reforma adecua sus disposiciones a los convenios internacionales sobre derechos humanos incorporados en nuestra Constitución Nacional —art. 75, inc. 22 CN—.

### 3.3 | Domicilio

El domicilio es un aspecto relevante en todo proceso.<sup>(26)</sup> Por un lado, fija la competencia en el caso del demandado<sup>(27)</sup> y, por el otro, muchas veces frente a dificultad de notificar la demanda, habilita la denominada “notificación bajo responsabilidad”.

En tal sentido, en cuanto a las personas físicas —denominada ahora humana— en el art. 73 CCyC se establece que el domicilio real de “la persona humana tiene domicilio real en el lugar de su residencia habitual.

(26) PASTORINO, EDUARDO E., *Código Procesal laboral de la Provincia de Santa Fe Comentado*, Rosario, Juris, 2014, p. 33.

(27) Decreto 1079/2010, to, ley 7945—Código Procesal Laboral Santa Fé—: “Art. 5: Competencia territorial. En las causas incoadas en materia laboral será competente a elección del trabajador demandante: el juez del lugar del trabajo; el del domicilio del demandado o el del lugar de la celebración del contrato. El que no tuviere domicilio fijo podrá ser demandado en el lugar de su última residencia. Si la demanda fuera promovida por el empleador, será competente el juez laboral del domicilio del trabajador. En las causas promovidas por asociaciones profesionales por cobro de cuota sindical y contribuciones convencionales, será competente el juez del domicilio del demandado.

En los supuestos de acciones derivadas de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales o inculpables promovidas por un agente público, será competente el juez del lugar donde preste servicios. Procedimiento Laboral Prov. de Bs. As.”.

Art. 3º, ley 11.653: “Cuando la demanda sea iniciada por el trabajador por entablarse indistintamente:

- a) Ante el Tribunal del lugar del domicilio del demandado.
- b) Ante el Tribunal del lugar de prestación del trabajo.
- c) Ante el Tribunal del lugar de celebración del contrato de trabajo.

Si la demanda es deducida por el empleador deber entablarse ante el Tribunal del lugar del domicilio del trabajador”.

Si ejerce actividad profesional o económica lo tiene en el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad". La primera parte ratifica lo establecido por el art. 89 CC. La segunda parte —esencial en nuestra materia— establece una regla clara del lugar que se considera domicilio el del lugar de desempeño de la actividad. En mi apreciación los dos párrafos resultan supletorios uno de otro. Es decir, la demanda deberá notificarse inicialmente en el establecido en el segundo párrafo —lugar de cumplimiento de sus obligaciones de la actividad— para eventualmente, ante el fracaso de la misma, notificar en el de residencia habitual establecidos en el párr. 1 de la norma.

Esta modalidad es un desarrollo jurisprudencial basado en que la cédula devuelta con constancia que el demandado no vive en el domicilio denunciado en el expediente puede ser la consecuencia de un error del informante en el domicilio o de una argucia del demandado para evitar la notificación. Bajo dichas circunstancias, y si el actor tiene conocimiento de que ese es el domicilio del demandado, puede insistir en que la notificación se haga en dicho lugar asumiendo las consecuencias de una eventual nulidad.<sup>(28)</sup>

La pregunta es dónde procederá la eventual notificación "bajo responsabilidad" ante el fracaso de ambos intentos, dada la obligación de evitar nulidades que los códigos asignan a los jueces

En tal sentido, dejando a salvo el criterio de cada magistrado, me parece que la notificación efectuada de esta manera deberá realizarse en el domicilio real como "persona humana", a fin de extremar las medidas tendientes a evitar las nulidades. Ello así, dada la volatilidad de muchos domicilios comerciales y la mayor permanencia —como principio, es claro que no siempre es así— del domicilio real que permitirá en principio mejores elementos probatorios para las partes frente al planteo de una nulidad de notificación. Por otro lado, lo dispuesto por el inc. c del art. 74, en cuanto dispone que es domicilio legal en el caso de los transeúntes o las personas

(28) Conf. art. 339 última parte CPCCN, art. 338 última parte del CPCC Buenos Aires, reglamentado por la SCBA en Acordada 3397/2008, en arts. 187, 189, 190,191. El art. 46 del decreto 1079/2010 —to ley 7945, Código Procesal Laboral— tiene una norma similar, lo que estimo habilita la notificación efectuada de esta manera.

de ejercicio ambulante —como los que no tienen domicilio conocido,<sup>(29)</sup> lo tienen en el lugar de su residencia actual—facilita el planteo previo.

En cuanto a las personas jurídicas, la nueva normativa establece, en su art. 152 CCyC:

El domicilio de la persona jurídica es el fijado en sus estatutos o en la autorización que se le dio para funcionar. La persona jurídica que posee muchos establecimientos o sucursales tiene su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos solo para la ejecución de las obligaciones allí contraídas. El cambio de domicilio requiere modificación del estatuto. El cambio de sede, si no forma parte del estatuto, puede ser resuelto por el órgano de administración.

Así, la norma habilita la competencia en el domicilio que figura en sus estatutos o de la sucursal vinculada con la prestación de servicios del actor. En cuanto a la notificación “bajo responsabilidad”, parece adecuado que la misma se produzca en el domicilio fijado en los estatutos que inhibe cualquier planteo eventual de nulidad de la misma conforme el precedente “Acher”.<sup>(30)</sup>

En tal sentido, en dicha causa, la Procuradora Fiscal de la Nación explicó que al tratarse de una sociedad comercial debe tenerse en cuenta que se tendrán por válidas y vinculantes para la sociedad todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta (art. 11.2, párr. 2° de la ley 19.550).

Es decir, que el domicilio social inscripto es el lugar que la ley presume *iure et de iure* como lugar de residencia, el que subsiste hasta tanto no se modifique y se proceda a la correspondiente inscripción en el registro. En otras palabras, es en el domicilio inscripto donde debe cursarse el emplazamiento a juicio de una sociedad regularmente constituida (art. 11, inc. 2° de la Ley de Sociedades Comerciales —LSC—). Estas conclusiones son perfectamente aplicables con la nueva normativa prevista en la reforma.

(29) “Art. 76.- Domicilio ignorado. La persona cuyo domicilio no es conocido lo tiene en el lugar donde se encuentra; y si éste también se ignora en el último domicilio conocido”.

(30) CSJN, “Acher, María Laura y otros c/ Aderir SA y otros s/ medida cautelar”, 12/07/2012.

### 3.4 | Prueba del contrato

La nueva normativa, en los arts. 1019<sup>(31)</sup> y 1020 CCyC,<sup>(32)</sup> establece una regla de prueba de los contratos mucho más amplia que la prevista en el art. 1193 CC.<sup>(33)</sup> En mi apreciación, la nueva normativa carece de un efecto práctico en nuestra materia. Ello así, dado que lo dispuesto por el art. 21 LCT, y la regla que surge de la presunción del art. 23 LCT —dada la ausencia de formalidad del contrato laboral—, hace que la prueba del contrato haya sido siempre amplia en cuanto a los medios de prueba. Por el contrario, las excepciones a la regla general establecidas en los arts. 90 a 102 LCT es estricta a cargo del empleador.

Nos queda por analizar las disposiciones de los arts. 1061,<sup>(34)</sup> 1063,<sup>(35)</sup> 1064<sup>(36)</sup> y 1065<sup>(37)</sup> CCyC. No parece que esta normativa amplíe los criterios

.....

(31) "Art. 1019.- Medios de prueba. Los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial. Los contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos".

(32) "Art. 1020.- Prueba de los contratos formales. Los contratos en los cuales la formalidad es requerida a los fines probatorios pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos, si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad o si existe principio de prueba instrumental, o comienzo de ejecución. Se considera principio de prueba instrumental cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato".

(33) DI CHIAZZA, IVÁN G., *Código Civil y Comercial, Prueba testimonial de los contratos. La novedad y las dudas del art. 1019 del nuevo Código unificado*, [en línea] MJ-DOC 7137-AR.

(34) "Art. 1061.- Intención común. El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe".

(35) "Art. 1063.- Significado de las palabras. Las palabras empleadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general, excepto que tengan un significado específico que surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y prácticas del lugar de celebración conforme con los criterios dispuestos para la integración del contrato. Se aplican iguales reglas a las conductas, signos y expresiones no verbales con los que el consentimiento se manifiesta".

(36) "Art. 1064.- Interpretación contextual. Las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto".

(37) "Art. 1065.- Fuentes de interpretación Cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se deben tomar en consideración:

- a) las circunstancias en que se celebró, incluyendo las negociaciones preliminares;

de buena fe establecidos en el art. 63 LCT, complementados por la regla del art. 11 de la misma normativa, cuya aplicación debe ser necesariamente más amplia que en los contratos civiles dada las características de la prestación subordinada de los trabajadores.<sup>(38)</sup>

Finalmente, el nuevo Código ratifica la inviolabilidad de la persona humana<sup>(39)</sup> y establece que no le son exigibles el cumplimiento del contrato que tiene por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona, excepto que correspondan a su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias.<sup>(40)</sup> Esta norma puede vincularse con el art. 1719 CCyC en cuanto establece: “La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal”.

Si bien la normativa laboral ya tiene una innumerable cantidad de normas en tal sentido, no es menor que la normativa civil general establezca reglas aplicables subsidiariamente para el supuesto de casos no contemplados en las normas particulares del trabajo.

### 3.5 | Prescripción

Me parece interesante desarrollar, en este trabajo, el tema de la prescripción de las acciones —que es un tema de derecho sustantivo que se vincula con la teoría de la acción y con la excepción, precisamente de prescripción—.

En general no hay severos cambios en el instituto, salvo algunas particularidades que brevemente intentaré desarrollar.

- b) la conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración;
- c) la naturaleza y finalidad del contrato”.

(38) PLA RODRIGUEZ, AMÉRICO, *Los principios del derecho del trabajo*, 3ª ed., Bs. As., Depalma, 1998, p. 393.

(39) Art. 53 CCyC.

(40) Art. 54 CCyC.



La regla general es que, en ausencia de disposiciones específicas, las normas sobre prescripción son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria<sup>(41)</sup> y son de orden público absoluto dado que no pueden ser modificadas por convención.<sup>(42)</sup> Se establece que la prescripción opera a favor y en contra de todas las personas, excepto disposición legal en contrario. El transcurso del plazo de prescripción comienza el día en que la prestación es exigible<sup>(43)</sup> y, en las prestaciones periódicas, el transcurso del plazo de prescripción para reclamar la contraprestación por servicios o suministros periódicos comienza a partir de que cada retribución se torna exigible.<sup>(44)</sup> Este es un tema que genera alguna dificultad en el caso de las diferencias salariales y pago de horas extras porque muchas veces los planteos en las demandas no son precisos y pueden generar dificultades resolutorias frente a la oposición de la defensa de prescripción.

Asimismo, se ratifica que la prescripción es una defensa del deudor que no puede ser declarada de oficio,<sup>(45)</sup> estableciéndose que debe oponerse dentro del plazo para contestar la demanda en los procesos de conocimiento, y para oponer excepciones en los procesos de ejecución.<sup>(46)</sup> En la misma norma se establece que los terceros interesados que comparecen al juicio vencidos los términos aplicables a las partes, deben hacerlo en su primera presentación. Los plazos obviamente son los previstos en las normas procesales.

No es menor la disposición que establece que los acreedores y cualquier interesado pueden oponer la prescripción, aunque el obligado o propietario no la invoque o la renuncie<sup>(47)</sup> —la prescripción ganada puede ser renunciada—<sup>(48)</sup> dado que, en el caso de responsabilidades solidarias no directas, el

.....

(41) Art. 2532 CCyC.

(42) Art. 2533 CCyC.

(43) Art. 2555 CCyC.

(44) Art. 2556 CCyC.

(45) "Art. 2552.- Facultades judiciales. El juez no puede declarar de oficio la prescripción".

(46) Art. 2553 CCyC.

(47) Art. 2534 CCyC.

(48) Art. 2535 CCyC.

codeudor indirecto podría oponer la prescripción del deudor principal extinguiendo la acción que lo vincula más allá de que la renuncia a la prescripción por uno de los codeudores no surte efectos respecto de los demás.<sup>(49)</sup>

Me parece que es importante destacar que la prescripción puede ser invocada en todos los casos, con excepción de los supuestos previstos por la ley,<sup>(50)</sup> y que los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Este problema se relaciona con el art. 2541 CCyC que establece solo un plazo de suspensión, por una sola vez, de 6 meses por la interpelación fehaciente hecha por el titular del derecho contra el deudor o el poseedor. Este plazo es menor al previsto en el art. 3986 CC, que era de un año. El conflicto es solucionado por el art. 2537 CCyC en cuanto establece que si, por la anterior normativa, se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, estos quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior. De este modo, aun intimado con anterioridad al 1° de agosto de 2015, el plazo de suspensión de la prescripción finaliza a los 6 meses de entrada en vigencia de la nueva ley, excepto que el plazo de suspensión finalice antes del 1° de febrero de 2016.

La prescripción también se suspende desde la expedición por medio fehaciente de la comunicación de la fecha de la audiencia de mediación o desde su celebración, lo que ocurra primero. El plazo de prescripción se reanuda a partir de los 20 días contados desde el momento en que el acta de cierre del procedimiento de mediación se encuentre a disposición de las partes.<sup>(51)</sup> Esta norma claramente dependerá operativamente de las disposiciones locales en cuanto a la existencia o inexistencia de mediación previa en el proceso laboral.

Asimismo, conforme las características de los intercambios postales en los conflictos laborales, resulta de eventual aplicación lo dispuesto por el art. 2545 CCyC en cuanto dispone que el curso de la prescripción se inte-

(49) Art. 2535 CCyC.

(50) Art. 2536 CCyC.

(51) Art. 2542 CCyC.

rumpe por el reconocimiento que el deudor o poseedor efectúa del derecho de aquel contra quien prescribe de manera similar a lo previsto en el art. 3989 CC. En este sentido, cabrá analizar las comunicaciones donde los demandados ponen a disposición de los actores sumas de dinero, modificaciones registrales, indemnizaciones o documentos como el previsto en el art. 80 LCT en cuanto a si los mismos tienen el efecto interruptivo —no ya suspensivo— previsto en dicha norma.

El art. 2546 CCyC mantiene el efecto interruptivo por toda petición del titular del derecho ante autoridad judicial que traduce la intención de no abandonarlo aunque sea defectuosa, realizada por persona incapaz, ante tribunal incompetente o en el plazo de gracia previsto en el ordenamiento procesal aplicable. Se mantiene el criterio ya previsto en la normativa vigente en cuanto a que la interrupción del curso de la prescripción se tiene por no sucedida si se desiste del proceso o caduca la instancia<sup>(52)</sup> —art. 2547 CCyC—.

La solución del art. 2550 CCyC permite al juez dispensar de la prescripción ya cumplida al titular de la acción, si dificultades de hecho o maniobras dolosas le obstaculizan temporalmente el ejercicio de la acción, y el titular hace valer sus derechos dentro de los seis meses siguientes a la cesación de los obstáculos. Uno de los temas que han generado mucha doctrina laboral es el problema de los créditos que el trabajador devenga por incumplimientos del empleador estando vigente la relación laboral —por ejemplo, las diferencias salariales o enfermedades con fundamento en el Código Civil—. Es claro que el trabajador muchas veces se inhibe de reclamar dado que teme que si lo hace pueda sufrir represalias del empleador —lo que podría caer en el concepto “dificultades de hecho” previsto en la norma—.

Ciertamente, un tema importante para el profesional es el plazo de prescripción de sus honorarios. La normativa sancionada establece, en su art. 2558 CCyC, que el transcurso del plazo de prescripción para reclamar honorarios por servicios que han sido prestados en procedimientos judiciales, arbitrales o de mediación, comienza a correr desde que vence el plazo fijado en resolución firme que los regula y, si no fija plazo, desde que adquiere firmeza. Si los honorarios no son regulados, el plazo

.....  
(52) Art. 3987 CC.

comienza a correr desde que queda firme la resolución que pone fin al proceso; si la prestación del servicio profesional concluye antes, desde que el acreedor tiene conocimiento de esa circunstancia. Es decir que el pedido de regulación está comprendido dentro del plazo de la prescripción.

La normativa, al tratar el tema de los plazos, establece una solución que puede generar algún conflicto que derive en algún planteo judicial. El art. 2561 CCyC<sup>(53)</sup> establece que el reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años e —innecesariamente, dado lo establecido por el art. 258 de la ley 20.744— el art. 2562 CCyC<sup>(54)</sup> establece un plazo de dos años para el reclamo de derecho común de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo. En este punto, no se comprende la discriminación entre un hecho y el otro cuando el fundamento normativo es el mismo —relación causal, factor de atribución de responsabilidad, y determinación y valuación del daño—. De manera tal que este tema podrá, o no, motivar planteos judiciales y tal vez distintas soluciones jurisprudenciales.

Finalmente, es de aplicación a nuestra materia lo dispuesto por el art. 2564 CCyC que establece la prescripción de un año para la acción autónoma de revisión de la cosa juzgada.<sup>(55)</sup>

(53) "Art. 2561.- Plazos especiales. El reclamo del resarcimiento de daños por agresiones sexuales infligidas a personas incapaces prescribe a los diez años. El cómputo del plazo de prescripción comienza a partir del cese de la incapacidad. El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años. Las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles".

(54) "Art. 2562.- Plazo de prescripción de dos años. Prescriben a los dos años:

- a) el pedido de declaración de nulidad relativa y de revisión de actos jurídicos;
- b) el reclamo de derecho común de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo;
- c) el reclamo de todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos, excepto que se trate del reintegro de un capital en cuotas;
- d) el reclamo de los daños derivados del contrato de transporte de personas o cosas;
- e) el pedido de revocación de la donación por ingratitud o del legado por indignidad;
- f) el pedido de declaración de inoponibilidad nacido del fraude".

(55) "Art. 2564.- Plazo de prescripción de un año. Prescriben al año:

- a) el reclamo por vicios redhibitorios;
- b) las acciones posesorias;

## 3.6 | Derecho extranjero

En el derecho laboral moderno la aplicación de normas extranjeras no es tan inusual. En las empresas multinacionales, la figura del trabajador “expatriado” es bastante habitual y, de hecho, muchas de ellas tienen protocolos sobre el tratamiento de estos trabajadores.

El derecho laboral es un sistema normativa esencialmente territorial —art. 3° de la ley 20.744— y, por tanto, una relación de esta naturaleza tiene o puede tener multiplicidad de leyes aplicables durante su prestación periódica.

El art. 2595<sup>(56)</sup> establece que, cuando un derecho extranjero resulta aplicable, el juez establece su contenido y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido, se aplica el derecho argentino.

- .....
- c) el reclamo contra el constructor por responsabilidad por ruina total o parcial, sea por vicio de construcción, del suelo o de mala calidad de los materiales, siempre que se trate de obras destinadas a larga duración. El plazo se cuenta desde que se produjo la ruina;
  - d) los reclamos procedentes de cualquier documento endosable o al portador, cuyo plazo comienza a correr desde el día del vencimiento de la obligación;
  - e) los reclamos a los otros obligados por repetición de lo pagado en concepto de alimentos;
  - f) la acción autónoma de revisión de la cosa juzgada”.

(56) “Art. 2595.- Aplicación del derecho extranjero. Cuando un derecho extranjero resulta aplicable:

- a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino;
- b) si existen varios sistemas jurídicos covingentes con competencia territorial o personal, o se suceden diferentes ordenamientos legales, el derecho aplicable se determina por las reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece y, en defecto de tales reglas, por el sistema jurídico en disputa que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate;
- c) si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos”.

Ahora bien, en relación a este último párrafo, se ha establecido que cuando la prestación de servicios del trabajador haya sido en alguno de los Estados parte de los Tratados de Montevideo de 1889 (con su Protocolo adicional) y de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, corresponde al juez la aplicación de oficio de la legislación extranjera llamada por la norma de conflicto.<sup>(57)</sup>

La Convención Interamericana establece, en su art. 1º, que la determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esa Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados partes. En defecto de norma internacional, los Estados partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno. Es decir, que la aplicación del último párrafo del art. 2595 es en defecto de la aplicación del derecho interamericano.

En el sistema interamericano no es menor la solución dispuesta por el art. 2º de la Convención, en cuanto a que dispone que los jueces y autoridades de los Estados partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero, tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada.

Claramente, es distinta la solución del problema cuando la prestación de servicios no es en un país parte de este subsistema, aunque esta probabilidad es fácticamente menor que la anterior.

Asimismo, la nueva normativa establece en su art. 2596 CCyC que, cuando un derecho extranjero resulta aplicable a una relación jurídica, también es aplicable el derecho internacional privado de ese país. Si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho argentino resultan aplicables las normas del derecho interno argentino.

De igual modo, esta norma establece que las partes pueden establecer la norma aplicable que rijan su relación jurídica, lo que resulta aplicable a las relaciones laborales.<sup>(58)</sup>

.....

(57) SCBA, "Soto, Javier c/ Exxe S.A. s/ Despido", 28/04/2004, causa L. 77115.

(58) *Ibid.*

El art. 2600 CCyC estipula que las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino lo que encuentra correlato en lo dispuesto por los arts. 5º<sup>(59)</sup> y 7º<sup>(60)</sup> de la Convención.

Por su parte, el art. 2601 CCyC establece: " a jurisdicción internacional de los jueces argentinos, no mediando tratados internacionales y en ausencia de acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de jurisdicción, se atribuye conforme a las reglas del nuevo Código y a las leyes especiales que sean de aplicación". La regla de competencia es la del domicilio del demandado —art. 2608 CCyC—, que se encuentra reglado en el art. 2613 CCyC,<sup>(61)</sup> pudiendo las partes, por escrito, prorrogar la misma —art. 2607 CCyC— en cuyo caso el juez interviniente tendrá competencia exclusiva —art. 2606 CCyC—.

Finalmente, dentro de este tema se puede resaltar lo establecido en cuanto a la colaboración internacional que deben los jueces más allá de lo comprometidos asumidos en los convenios internacionales —art. 2611 CCyC—.

En cuanto al medio de comunicación, si bien se establece como regla el exhorto internacional, se prevé la posibilidad de establecer comunicaciones directas con los jueces extranjeros. Este aspecto no es menor en virtud de lo dispuesto por el art. 2º de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, dado que su cumplimiento exige el conocimiento de los precedentes de los tribunales del

(59) "Art. 5º.- La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público".

(60) "Art. 7º.- Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados Partes, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público".

(61) "Art. 2613.- Domicilio y residencia habitual de la persona humana. A los fines del derecho internacional privado la persona humana tiene:

- a) su domicilio, en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él;
- b) su residencia habitual, en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado. La persona humana no puede tener varios domicilios al mismo tiempo. En caso de no tener domicilio conocido, se considera que lo tiene donde está su residencia habitual o en su defecto, su simple residencia".

lugar cuya ley resulta aplicable. Esta circunstancia, sin perjuicio de otros requerimientos que pueden no necesitar de la formalidad del exhorto, hace imprescindible que fluyan medios de comunicación entre magistrados que faciliten el conocimiento y comprensión de la normativa extranjera aplicable al caso sometido a solución jurisprudencial.

## 3.7 | El sistema de responsabilidad

En relación a este tema, que tendrá otros desarrollos más completos, me limitaré a analizar algunos aspectos generales y el problema de las cargas probatorias en base a las nuevas disposiciones del CCyC.

### 3.7.1. Aspectos generales

En cuanto a los aspectos generales, tienen una directa relación con las prestaciones laborales. Un primer aspecto a analizar es la función preventiva establecida en los arts. 1710 a 1715 CCyC. En ellos se establece el deber de prevención del daño donde se determina que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo. De este modo cabe analizar si se aplican las disposiciones de los artículos que regula la prevención de daños a las relaciones laborales.

Procesalmente, esta normativa se vincula con la acción preventiva establecida en el art. 1711 CCyC,<sup>(62)</sup> en la que el objeto de la pretensión procesal está dirigida a impedir un daño potencial cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. En este sentido, muchas empresas incumplen con las disposiciones de la ley 19.587 y sus decretos reglamentarios 351/1979 y 1338/1996, dictados por el Poder Ejecutivo Nacional, que determinan las condiciones de Higiene y Seguridad en el Trabajo que debe

.....

(62) "Art. 1711.- Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución".



cumplir cualquier actividad laboral que se desarrolle en el territorio de la República Argentina. La norma establece que no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, lo cual es lógico ya que es una situación de carácter objetivo en cuanto a existencia de una situación de hecho que justifica la medida.

La legitimación para iniciar la acción está regulada en el art. 1712 CCyC el que establece que la pueden iniciar las personas que tengan un interés razonable en la prevención del daño. En este sentido, cualquier trabajador eventualmente afectado está habilitado para iniciarla, al igual que las asociaciones profesionales establecidas en la ley 23.551. En relación a este último caso, será necesario a futuro analizar si, dadas las particularidades de la evolución de la actividad sindical en nuestro país, integrantes de una comisión interna de una empresa podría iniciar una acción de este tipo.

Un ejemplo de este análisis es el conflicto del año 2009 en la empresa Kraft Foods SA. El conflicto se originó en julio de 2009, en plena pandemia de la Gripe A, cuando un grupo de empleados se movilizó dentro de la planta bloqueando las salidas del edificio en el que funciona la administración de la empresa. En ese momento, los trabajadores, junto a su comisión interna y los delegados del turno tarde, exigieron condiciones de salubridad para garantizar su salud y la de sus familias. Ello motivó el despido de 156 trabajadores, algunos de los cuales aún continúan reclamando su reingreso. Lo cierto es que la comisión interna estaba en conflicto con el sindicato de la alimentación —el cual, formalmente, se mantuvo al margen del problema en cuanto a sostener la posición de los representantes de planta—. <sup>(63)</sup>

En ese marco, la existencia de una norma que habilitara expresamente una acción de estas características —que, seguramente, iría acompañada de alguna medida cautelar de tutela anticipada— habría, tal vez, permitido una salida en el marco de la formalidad institucional y donde los integrantes de la comisión interna hubieran estado debidamente legitimados para articularla.

El art. 1719 CCyC sostiene que la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda

(63) VARELA, PAULA y LOTITO, DIEGO, "La lucha de Kraft-Terrabusi. Comisiones Internas, izquierda clasista y "vacancia" de representación sindical", en *Conflicto Social*, año 2, n° 2, diciembre de 2009.

calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal. Ello claramente se vincula con las actividades peligrosas o riesgosas que exigen el cumplimiento de medidas adicionales de protección cuya inobservancia habilitaría la acción prevista en el art. 1712 CCyC. Un segundo aspecto a analizar es el sistema de responsabilidad establecido en el art. 1716 CCyC y ss. Las modificaciones introducidas al régimen de responsabilidad son muy significativas.

A partir de la definición prevista en el art. 1716 CCyC se establece que la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado. Conforme con las disposiciones del nuevo Código, las modificaciones son extremadamente relevantes. De ellas se pueden destacar las disposiciones de los arts. 1722 y 1723 (factor objetivo de responsabilidad que modifica el art. 1113 CC); 1724 y 1725 (responsabilidad subjetiva agravada de los arts. 512 y 1109 CC); 1737, 1738 y 1746 CCyC (que parece introducir una fórmula matemática de cuantificación del daño); 1749 y 1750 (reparación del daño involuntario por equidad); 1752 (respecto del encuadrador del daño y solidaridad). De igual modo, resultan relevantes los arts. 1757 y 1758 en cuanto al daño derivado de la intervención de cosas y de ciertas actividades, las que serán analizadas en otro trabajo.

El análisis lo centraremos seguidamente en las cargas probatorias, derivadas de la normativa del sistema de responsabilidad.

### 3.7.2. Cargas probatorias

La normativa desarrolla el tema de las cargas probatorias en los arts. 1734 y 1735 CCyC (factores de atribución de responsabilidad), 1736 CCyC (relación de causalidad) y 1744 CCyC (acreditación del daño) de la nueva normativa.

#### 3.7.2.1. Factor de atribución de responsabilidad

La regla se encuentra establecida en el art. 1734 CCyC<sup>(64)</sup> y la excepción, en el art. 1735 CCyC.<sup>(65)</sup> En las disposiciones tradicionales en la materia

(64) Art. 1734.- "Prueba de los factores de atribución y de las eximentes. Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega".

(65) Art. 1735.- "Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las

procesal —como, por ejemplo, la norma prevista en el art. 377 CPCCN o el art. 375 CPCCBA— que establecen la regla clásica en la materia, se postula que cada litigante debe probar los presupuestos de hecho en los cuales apoya sus pretensiones —hecho constitutivo— o sus defensas —hechos impeditivos o extintivos—.

Ahora bien, el art. 1735 CCyC introduce una alteración de la regla por decisión judicial que pondera las dificultades de cada parte en acreditar sus hechos constitutivos, impeditivos o extintivos de derechos.

Esta disposición se enmarca en lo que se ha denominado “cargas probatorias dinámicas”<sup>(66)</sup> —que, en realidad, es simplemente la modificación de la carga probatoria establecida por ley—. Considero que es una técnica por lo menos discutible. Es cierto que el principio tradicional se ha visto impactado por la moderna doctrina de las cargas probatorias dinámicas,<sup>(67)</sup> que propone el desplazamiento del *onus probandi* con relación a las circunstancias del caso, cuando cumplir lisa y llanamente la regla general pone en cabeza del titular una carga de imposible cumplimiento.<sup>(68)</sup>

La jurisprudencia también ha sostenido que

... resulta razonable flexibilizar las reglas de las cargas probatorias, tornándolas dinámicas, permitiendo así a la judicatura adjudicar el peso de la ausencia de colaboración contra la parte que poseyendo los medios para formar la convicción acerca de

.....

partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa”.

(66) FENOCHIETTO, CARLOS EDUARDO, *op. cit.*, t. II, p. 495. Términos criticado por Fenochietto que sostiene que si hay *cargas probatorias dinámicas* deberían existir las *cargas probatorias estáticas* concepto que resulta inimaginable.

(67) CAMPEOTTO, CLAUDIO C., “La postmodernidad en el Derecho Procesal”, en *RDLSS* 2004-20-1474; AHUAD, ERNESTO J., “El principio de la carga dinámica de la prueba en el proceso laboral”, en *LNL* 2003-15; PEYRANO, JORGE W., “De la carga probatoria dinámica embozada a su consagración legislativa”, en *JA* 2003-II-1049; LÉPORI WHITE, INÉS, “Cargas probatorias dinámicas”, *JA* 2003-II-1030; DE LOS SANTOS, MABEL A., “Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, en *JA* 1993-IV-866; PEYRANO, JORGE W., “Desplazamiento de la carga probatoria - carga probatoria y principio dispositivo”, en *JA* 1993-III-738.

(68) CAPEL. CIV. Y COM. DE SAN NICOLÁS “Acosta Silvia Estela c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ Hábeas data”, 17/05/2007.

la verdad de los hechos controvertidos, se conforma con una pasiva negativa en los términos del art. 354 del CPCC.<sup>(69)</sup>

Sin embargo, esta solución, a pesar de resultar muy atractiva, tiene ciertas deficiencias que la hacen al menos constitucionalmente cuestionable.

Las partes, tanto en la demanda como en su contestación, se rigen por las reglas generales antes vistas. Si el magistrado altera estas reglas al momento de dictar la sentencia, y modifica las cargas probatorias y las presunciones legales de acuerdo a su criterio poniéndolas a cargo de quien debiera estar en mejor condición, afecta el debido derecho de defensa en juicio sorprendiendo a la parte que se ve perjudicada con el pronunciamiento judicial. De modo tal que su implementación requiere de disposiciones procesales que permitan una actividad procesal que garantice la debida defensa en juicio.

Más aún, su implementación, sin reglas claras, lo único que va a generar es un incremento de actividad procesal donde las partes “por las dudas” van a solicitar diversos actos probatorios finalmente innecesarios. Es cierto que los diversos códigos admiten la facultad de saneamiento al juez interviniente pero también lo es que eso genera desconfianza y medidas recursivas de las partes que solo generan dispendio de esfuerzo y tiempo.

En definitiva, no se cuestiona la idea, ni creo que sea necesariamente inconstitucional, como sostiene un sector de la doctrina<sup>(70)</sup> —que se sustenta en un resultado más adecuado del proceso—, sino la metodología utilizada y su necesaria complementación por parte de normas procesales que la habiliten. Así ocurre con diversos proyectos de reformas a códigos procesales que la habilitan o con lo ya dispuesto por el art. 360 del Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa.

Finalmente sigo pensando que, en ausencia de norma procesal, esta norma debiera aplicarse con criterio restrictivo y siempre con un máximo de prudencia a fin de no afectar los principios esenciales de todo proceso.

.....

(69) SCBA, “Lucero, Osvaldo Walter s/ Amparo”, 17/09/2008, causa L. 102100.

(70) BORAGINA, JUAN C. y MEZA, JORGE A., “Médicos y abogados. La inconstitucional inversión de la carga probatoria de la culpabilidad incorporada al art. 1735 del proyecto de unificación del año 2012”, 08/11/2013, [en línea] MJ-DOC-6494-AR | MJJD6494.

### 3.7.2.2. Prueba de la relación de causalidad

La norma mantiene el principio de relación causal adecuada en su art. 1726 CCyC.<sup>(71)</sup> Es bueno recordar que la relación de causalidades es la necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso.<sup>(72)</sup> Es decir, es el efecto del obrar antijurídico imputable que reviste en consecuencia el carácter de causa. El concepto de causalidad es eminentemente lógico. Involucra una referencia, una conexión entre dos procesos: la causa, por un lado, y el efecto o resultado por el otro, establecido por el sistema normativo. La relación de causalidad adecuada para su determinación considera a las condiciones en abstracto y selecciona como aquella causa que, además de ser condición necesaria, tiene aptitud para generar el resultado, según las reglas normales de la experiencia.

En relación a la prueba relación de causalidad, el art. 1736 CCyC establece que la carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega —hecho constitutivo—, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca —hechos impeditivos de la pretensión procesal, conforme arts. 1722 y 1732 CCyC—.

## 4 | Epílogo

La idea de codificación es siempre compleja y su necesidad y extensión es un tema de debate no solo en nuestro país. El desarrollo de este breve trabajo ha tenido por objeto simplemente relacionar la nueva normativa con algunos aspectos del proceso laboral.

Así, los institutos analizados deben ser ciertamente profundizados pero, me parece que esa tarea será más fructífera cuando abandonemos esta etapa predictiva del sentido de la norma y tengamos una jurisprudencia que, consolidada, nos otorgue una clara significación del sentido de dichas normas.

.....

(71) Art. 1726.- "Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles".

(72) RINESI, ANTONIO J., "La causalidad en el derecho positivo argentino. Comparaciones con otros ordenamientos", en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal - Culzoni Editores, 2003-2, p. 123.



# La responsabilidad extracontractual del Estado<sup>(1)</sup>

## Bosquejo inicial ¿Un Estado Caín?

por **GABRIEL TOSTO**<sup>(2)</sup>

*Qué has hecho con tu hermano, preguntó,  
y Caín respondió con otra pregunta,  
soy acaso el guardaespaldas de mi hermano...  
Caín, José Saramago*

### I | Introducción

El principio *alterum non laedere* impone a toda persona y al Estado, en sus tres departamentos (ejecutivo, legislativo y judicial) y en todas sus dimensiones (nacional, provincial y municipal), la obligación de no dañar a otro y la responsabilidad de reparar el daño causado. Sin embargo, este enunciado de la tradición jurídica que se suele identificar con base constitucional

.....

(1) El presente texto fue base de la conferencia del 1° de junio de 2015 en el marco del curso de actualización en derecho del trabajo y la especialización de derecho laboral en la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(2) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Magíster en Derecho y Argumentación y especialista en derecho procesal por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de derecho del trabajo e investigador en la Facultad de Derecho y en la Facultad de Filosofía, respectivamente, de la Universidad Católica de Córdoba. Vocal de la Cámara del Trabajo de Córdoba.

(arts. 1º, 14, 17, 16, 28 y 75, inc. 22 CN) es de difícil determinación, su carácter proteico deja al legislador y al intérprete (jurista o juez) fijar los límites conceptuales y prácticos de qué sea dañar, a qué clase de desagrado o frustración ha de llamarse daño, cuándo se está dispuesto a afirmar que puede o no debe causarse, quién debe responder o no por su ocurrencia, con qué alcance, cómo ha de repararse y a través de qué mecanismo.

En el contexto del discurso de la doctrina acerca del derecho civil y el derecho administrativo se presentan diversas disputas con relación a los juicios de responsabilidad que se construyen tanto a partir de aquel principio cuanto de la jurisprudencia a la que dio lugar en el pasado y su legislación reglamentaria actual (ley 26.944) para los daños extracontractuales causados por el estado nacional por su actividad u omisión ilícita o actividad lícita.

Ricardo Guibourg construyó, en la doctrina del derecho del trabajo, una taxonomía que despliega en la formulación de siete preguntas cuyas respuestas alternativas abren otros tantos abanicos clasificatorios y que se muestra satisfactoria para introducir y despejar el análisis de las cuestiones aquí involucradas:

- a. ¿Quién repara o asume el daño? (determinación del responsable o no responsable),
- b. ¿A quién se repara? (condiciones de la víctima),
- c. ¿Qué se repara? (daño que se considere relevante),
- d. ¿Por qué se repara? (hecho en que se funda la responsabilidad),
- e. ¿Con qué se repara? (medio o especie a emplear),
- f. ¿Cuánto se repara? (proporción de la reparación), y
- g. ¿Cómo se repara? (modo de aplicar el medio al daño).

Las cuatro primeras preguntas pueden agruparse bajo el denominador común de **cobertura**. Para las tres últimas es posible reservar el título de **reparación**.<sup>(3)</sup> Al conjunto precedente se le puede agregar otras de interés que agruparé bajo el rótulo de **legitimidad del sistema**:

.....

(3) GUIBOURG, RICARDO, A., "Sistema de reparación en materia de accidentes del trabajo", en DT 1991-B, p. 1117 y TOSTO, GABRIEL, *La responsabilidad jurídica por daños a la salud del trabajador. Visión teórica y jurisprudencial*, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2012.



- h. ¿Cómo puede calificarse el sistema de responsabilidad?,
- i. ¿Lucen suficientes la cobertura y la reparación estatal desde la perspectiva de la víctima?,
- j. ¿Soporta el sistema un examen de constitucionalidad?, y
- k. ¿Cómo engasta el sistema de responsabilidad en un cierto estándar de justicia social?

El presente texto está destinado a bosquejar posibles respuestas a estos interrogantes, en relación con la Ley 26.944 de Responsabilidad Estatal.

## 2 | Desarrollo

### 2.1 | Despeje preliminar

La legislación bajo comentario no comprende, en principio, la responsabilidad estatal contractual, aunque sí de modo subsidiario en el supuesto de lagunas en la legislación específica, la responsabilidad por los daños causados a sus dependientes (art. 10), la responsabilidad administrativa, penal, ética y política de sus gobernantes, funcionarios, agentes, legisladores y jueces, y la responsabilidad internacional asumida por el Estado en los convenios y tratados internacionales.<sup>(4)</sup>

Ahora bien, como se sabe, un mismo hecho puede ser calificado bajo diversos sistemas normativos de responsabilidad y seguirse de ello diferentes sanciones o consecuencias (contractual, laboral, administrativa, penal, ética, política e internacional). Asimismo, lo que cuenta para la construcción de un juicio condenatorio de responsabilidad estatal prospectivo o retrospectivo (el reproche y el deber de responder) puede computar, dadas ciertas condiciones de posibilidad, la totalidad o parte del ordenamiento normativo (jurídico, ético y político) de lo que se seguirían diversas consecuencias.

Todo juicio prospectivo o retrospectivo de responsabilidad exige una respuesta del imputado o del atribuido, la propia etimología de la palabra

---

(4) CAPÓN FILAS, RODOLFO, "Reflexiones sobre los supuestos de responsabilidad estatal previstos en la Ley 26.944", en *elDial* DC1D3F.

“responsabilidad” hace referencia a esta circunstancia. En su origen “responder” significa defender un asunto ante un tribunal o una autoridad, o un par con capacidad de reproche, de modo tal que se justifique una acción u omisión, que se dé una respuesta a una acusación.

Un juicio condenatorio retrospectivo de responsabilidad genera en quien lo emite una expectativa de respuesta, lo que presupone una actitud de reacción ante la producción por parte del preguntado de un cierto estado de cosas en el pasado que provoca un pedido de explicación (“¿Por qué lo hiciste?” y estar obligado a dar una respuesta).

En los juicios de responsabilidad prospectivos lo que se afirma es que alguien tiene la responsabilidad de que un cierto estado de cosas se de en el futuro (por ejemplo: decisiones prontas, justificadas y eficaces o no contaminar o dar un servicio, entre otras). Aquí dejaré de lado tales enunciados de responsabilidad aunque se puede pensar que el diseño de la Ley de Responsabilidad del Estado: con la ausencia de normas de prevención, la disolución de los conceptos de daño y de reparación, la imposibilidad de aplicación de las disposiciones del Código Civil —de manera directa o subsidiaria—, la improcedencia de la sanción pecuniaria disuasiva contra el Estado, sus agentes y funcionarios, la ausencia de derecho a indemnización por daños causados por la actividad judicial legítima del Estado y la no responsabilidad de este, aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada, puede conllevar a la **pérdida de estímulo** por parte del Estado, sus funcionarios, agentes y magistrados para evitar acciones u omisiones ilícitas o acciones lícitas que, actuadas en el presente, afecten menoscabando cierto estado de cosas (derechos y bienes de las personas) en el futuro.

## 2.2 | Preguntas y respuestas

### a. ¿Quién repara o asume el daño?

(determinación del responsable o no responsable)

En principio el Estado nacional. Sin embargo, la víctima asume los daños y perjuicios en situaciones de casos fortuitos o fuerza mayor *a menos que* el estado los hubiera sumido por ley especial. También, la víctima asume

los daños producidos por su propio actuar u omitir y el tercero por quien el estado no debe responder (art. 2°); igualmente, la persona dañada se hace cargo los menoscabos causados por la actividad judicial legítima del estado (art. 5°) y cuando tiene un deber jurídico de soportarlo (art. 4°). La comunidad en general por actividad lícita del estado en tanto no se identifique un sacrificio especial configurado por la afectación de un derecho adquirido en la persona dañada (art. 4°). Los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuyan o encomienden un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada (art. 6°). En este supuesto el juicio de responsabilidad debería imputarse y atribuirse a partir del derecho común. Los funcionarios y agentes, de modo directo o concurrente con el Estado, por la actividad o inactividad en el ejercicio de sus funciones por cumplir de modo irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas (art. 9°).

**b. ¿A quién se repara? (condiciones de la víctima)**

A las personas que sufran un menoscabo en sus bienes o sus derechos. Se excluyen los intereses legítimos. Para la responsabilidad estatal por actividad legítima debe configurarse la **ausencia de un deber jurídico** de soportar el daño y un **sacrificio especial** de la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido (art. 4°, incs. d y e). Las personas deben soportar el daño en sus bienes y en sus derechos si el mismo es causado por caso fortuito o fuerza mayor a menos que el estado los asuma por ley especial. Si el daño se produjo por el hecho de la víctima o por un tercero por quien el Estado no deba responder igualmente aquella asume el menoscabo.

**c. ¿Qué se repara? (daño que se considere relevante)**

Por la actividad o inactividad ilícita del Estado no se verifica *prima facie* en el art. 3° para la reparación por daño emergente, lucro cesante y daño moral. Los tres elementos de la taxonomía tradicional del daño es posible mensurarlos en dinero y los tres pueden justificarse a partir de una relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el menoscabo claro que es menester aceptar la tendencia a la reparación integral del daño y reconstruir el concepto a partir de una interpretación analógica de lo construido en el contexto de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia del derecho privado.

Por actividad lícita —calificada de modo excepcional— solo se repara el daño emergente (valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata), excluyendo el lucro cesante y el daño moral, circunstancias de carácter personal, valores afectivos o ganancias hipotéticas (art. 5°).

**d. ¿Por qué se repara? (hecho en que se funda la responsabilidad)**

Por actividad e inactividad ilegítima y por actividad legítima. Son requisitos para la responsabilidad estatal por actividad e inactividad ilegítima: daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado. La omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado. Ello excluye un deber genérico de actuación (art. 3°).

Son requisitos para la responsabilidad por actividad legítima: daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; ausencia de deber jurídico de soportar el daño; sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido (art. 4°).

**e. ¿Con qué se repara? (medio o especie a emplear)**

Solo se repara con dinero.

**f. ¿Cuánto se repara? (proporción de la reparación)**

Dependerá de la argumentación y de la prueba del daño a cargo de la víctima. Sin embargo, por daños ocasionados por la actividad o inactividad ilícita del Estado la reparación debe ser análogamente integral. Nada expresa la ley de responsabilidad al respecto. Por actividad ilícita la considerara excepcional y solo se conjura el daño emergente.

**g. ¿Cómo se repara? (modo de aplicar el medio al daño)**

Por vía administrativa o vía judicial. La víctima puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos de

alcance individual o general o la de inconstitucionalidad, o después de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento (art. 8°).

**h. ¿Cómo puede calificarse el sistema de responsabilidad?  
(directo, indirecto, objetivo o subjetivo)**

El sistema se autocalifica como de derecho público por exclusión, pues las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria; asimismo, se ubica como un sistema de responsabilidad objetiva y directa (art. 1°).

Con relación al asiento del diseño en la consabida como tradicional división material del derecho, entre público y privado, ello traerá aparejado problemas de identificación de normas, desde que la legislación bajo comentario utiliza términos tales como daño, caso fortuito, fuerza mayor, hecho de la víctima, tercero, causalidad adecuada, lucro cesante, culpa, dolo, entre otras, que tienen una construcción conceptual consolidada a partir del derecho civil, paradigmáticamente privado. Es probable que en tal sentido la interpretación de tales términos en la ley 26.944 se deslice hacia la lógica de la ley de expropiación, de la mirada de la doctrina administrativista y de la jurisprudencia dictada en tales contextos.

Ahora bien, la jurisprudencia existente hasta el momento en materia de responsabilidad extracontractual del Estado se ha construido teniendo como objeto al Código Civil (no reformado). Ello abrirá un período de incertidumbre en la identificación de lo que cuenta para la construcción de un juicio de responsabilidad estatal, por la razón antes apuntada y puesto que la Ley de Responsabilidad del Estado actual deberá sistematizarse desde el 1° de enero de 2016 con la ley 26.994 (art. 7°) si bien no de manera directa o subsidiaria, sí por analogía o parecido de familia.

Como esquema de responsabilidad objetiva, carece de reglas en favor de la víctima en orden a la posible invocación de daños presumidos o inversiones de cargas probatorias, técnicas conocidas como típicas de aquellos sistemas (laboral, consumo, riesgo o vicio de la cosa, entre otros). También se han tratado de modo restrictivo los factores de atribución y la responsabilidad por omisión. En todos los supuestos es directa, aunque puede concurrir el estado junto al funcionario o el agente (responsabilidad

indirecta), en tanto se acredite en relación con estos últimos culpa o dolo (responsabilidad subjetiva).

**i. ¿Lucen suficientes la cobertura y la reparación estatal desde la perspectiva de la víctima?**

La característica de suficiencia es relacional, esto es, se obtiene por comparación entre un diseño (legislativo, doctrinario, jurisprudencial) y otro, o con relación a lo que se espera satisfaga a la víctima a partir de algún estándar (indemnidad plena o parcial).

Si se compara alguna jurisprudencia de la CSJN —conocida por todos—, las normas del Código Civil y lo que fuera el proyecto de Código Civil para la temática de la responsabilidad extracontractual del Estado, con el actual diseño es sencillo concluir que, tanto la cobertura, como la reparación de la ley 26.944 tiene un menor campo de aplicación, esto es, son menos los casos individuales que comprende y, también, para iguales caso generales tiene como consecuencia menor reparación, ambos aspectos, claro, desde la perspectiva de la víctima.

**j. ¿Soporta el sistema un examen de constitucionalidad?**

El diseño de un sistema propio de responsabilidad estatal asentado en el derecho público no conlleva sin más su inconstitucionalidad. Más podría pensarse que es el adecuado al sistema federal. Sin embargo, si se repasa el asunto desde la consideración del derecho de daños como criterio de unidad, parecería que en la cultura jurídica vigente desde 2004 se espera que la cobertura y reparación de los daños de las víctimas verifique un cierto estándar de igualdad y suficiencia (indemnidad plena) sin tener en cuenta al sujeto o a la organización dañadora. Y ese estándar de igualdad de trato e indemnidad ante el daño lo proveía el Código Civil como reglamentación paradigmática del *alterum non laedere*.

Las víctimas de la actividad o inactividad ilícita o actividad lícita del Estado tienen vedado el acceso a la base a partir de la cual se construyó aquel estándar (Código Civil) y, al parecer, tanto la cobertura como la reparación del nuevo diseño lucen *prima face* insuficiente en comparación con las respuestas dadas con anterioridad a los casos judiciales. En efecto, el asunto de la extensión de la responsabilidad por actividad lícita ha incluido el lucro cesante en algunos casos judiciales, siempre ajustado a los hechos y prueba de cada conflicto. No pude sostenerse que esa reparación haya

sido rechazada, constantemente, por la CSJN. Con relación a la reparación por actividad o inactividad ilícita nada dice la ley de responsabilidad por lo que los jueces deberán reconstruir por analogía o *ex nihilo* una taxonomía del daño. Esta retracción en los derechos de las potenciales víctimas pone bajo sospecha al nuevo diseño en orden a que pueda superar indemne (valga la redundancia) un examen de constitucionalidad a partir de los valores y expectativas en la cultura jurídica actual en materia de responsabilidad.

**k. ¿Cómo engasta el sistema de responsabilidad bajo estudio en un cierto estándar de justicia social?**

La justicia social se usa, de modo estándar, como una cualidad de las instituciones políticas, un valor de la estructura básica de la sociedad (constitución política y principales disposiciones económicas y sociales).<sup>(5)</sup>

La Ley de Responsabilidad del Estado *prima face* no supera, conforme lo dicho, un examen de constitucionalidad. No identifica a todas las víctimas y todos los daños posibles conforme el estado actual de alguna jurisprudencia de la CSJN, el Código Civil y el Civil y Comercial y la cultura jurídica actual en materia de daños y responsabilidad. No trata de igual modo y con suficiencia los daños que potencialmente pueden padecer las víctimas. Se produce una transferencia a las víctimas y a la comunidad en general de los costos de los daños provocados por el estado, fundamentalmente, por su actividad lícita, si se acepta que la responsabilidad es una secuela del deber de asegurar el equilibrio entre los derechos y los bienes de las personas, la imposición de las cargas sociales y las obligaciones en orden a promover el bienestar general.

### 3 | A modo de conclusión

La tradición contractualista, desde Hobbes en adelante, ha presupuesto que la vida en el estado natural es "solitaria, pobre, sucia, bruta y corta",<sup>(6)</sup> por ello, al parecer, la especie humana (para sobrevivir) inventó la cultura. El Estado es un producto de la cultura cuya función primera es asegurar la vida del grupo y de la forma de vida como modo concreto de hacerlo.

(5) RAWLS, JOHN, *Teoría de la justicia*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 23.

(6) HOBBS, THOMAS, *Leviatán*, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2009, pp. 100/105.

Se puede pensar, metafóricamente, que Caín vivía en estado de naturaleza y en razón de ello ante la pregunta: ¿qué has hecho con tu hermano? soslayó la respuesta con otra pregunta: ¿soy acaso el guardián de mi hermano?

Desde el modelo de Estado de derecho, sin más, al Estado constitucional de derecho se han desarrollado mayores y mejores mecanismos de protección para que los ciudadanos puedan guarecerse del estado de naturaleza. El Estado-Caín podría ser aquel que ante la respuesta "¿Por qué lo hiciste?" no tenga la obligación de responder.

No afirmo que, en punto a la responsabilidad estatal, estemos ante un Estado-Caín. Una pregunta, lingüísticamente, nunca es verdadera o falsa. Una pregunta invita a buscar una respuesta a develar una incógnita, por lo tanto, al no ser una afirmación o descripción no admite predicados de verdad. Ahora bien, no solo las respuestas implican una toma de posición: eso también sucede con las preguntas. Espero que la respuesta al subtítulo de este texto sea ¡no! ¡Nunca Más!

---





# Fuentes citadas

---



# Fuentes citadas

- ACKERMAN, MARIO E.,(dir.); TOSCA, DIEGO M. (coord.), *Tratado de derecho del trabajo*, t. I, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.
- AHUAD, ERNESTO J., “El principio de la carga dinámica de la prueba en el proceso laboral”, en *LNL* 2003-15.
- ALCONADA ARAMBURÚ, CARLOS R. S., “El caso Swift- Deltec”, en *El caso Swift- Deltec: la reparación judicial de una agresión económica foránea*, Bs. As., Fedye, 1973.
- ALSINA, HUGO, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. II, 2ª ed., Bs. As., Mundo Cultural Hispano, 1957.
- ALTERINI, Atilio A., *et al, Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 2ª ed., Bs. As., AbeledoPerrot, 2003.
- ASEFF, LUCÍA M., “Los supuestos de extensión de responsabilidad vinculados a la Ley de Sociedades Comerciales”, en *Laboralia*, Rosario, Juris, 2011.
- ASEFF, LUCÍA M., *Taller de jueces laborales, Volumen II*, Rosario, Juris, 2012.
- ASEFF, LUCÍA, “Sobre el neoconstitucionalismo”, en *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios*, Rosario, año 2, n° 2.
- ATIENZA, MARIO, “Argumentación Jurídica y Estado Constitucional”, en *Ideas y Derecho*, año II, n° 2, 2002.
- BARACAT, EDGAR J., “Herramientas procesales para la prevención del daño en el nuevo Código Civil y Comercial”, en *LL* 13/07/2015, 1, [en línea] AR/DOC/2143/2015.
- BELLUSCIO, AUGUSTO C. (dir.), Zannoni, Eduardo A. (coord.), Bs. As., Astrea, 2002.
- BESTIANI, ADRIANA, “Principio de precaución y deber de seguridad ante los riesgos laborales”, *LL* 30/10/2013, 1, *LL* 2013-F, 613, [en línea] AR/DOC/3612/2013.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “La fuerza normativa de la Constitución”, en *El Amparo Constitucional. Perspectivas y modalidades*, Bs. As., Depalma, 1999, p. 1.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, Bs. As., Ediar, 1997.
- BORAGINA, JUAN C. y MEZA, JORGE A., “Médicos y abogados. La inconstitucional inversión de la carga probatoria de la culpabilidad incorporada al art. 1735 del proyecto de unificación del año 2012”, 08/11/2013, [en línea] MJ-DOC-6494-AR | MJD6494.
- BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. I, 12ª ed. actualizada, Bs. As., Perrot, 1999.
- BUERES, ALBERTO J. (dir.); DEPALMA, JOSÉ L. (ed.), *Incidencias del CCCN. Derecho del Trabajo*, 1ª ed., 1a reimposición, Bs. As., Hammurabi, 2015, vol. 11.
- CABRERA, ENZO R., “Actualización de los créditos laborales por accidentes y enfermedades del trabajo cuando se acciona por la vía civil”, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, 2013-2.
- CAMPEOTTO, CLAUDIO C., “La postmodernidad en el Derecho Procesal”, en *RDLSS* 2004-20-1474.

## ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

---

- CAPÓN FILAS, RODOLFO, “Reflexiones sobre los supuestos de responsabilidad estatal previstos en la Ley 26.944”, en *elDial DC1D3F*.
- CATUOGNO, JUAN L. y KENNY, MARIO O., “El Código Civil y Comercial y la exigencia de registración de los contratos de fideicomisos”, en *Microjuris*, 09/06/2015.
- CHAUMET, MARIO, “Neoconstitucionalismo y Capacitación Judicial”, en *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios*, año 1, n° 1, Rosario.
- CHÉRCOLES, RICARDO L., “Fideicomiso y relaciones de trabajo: su tratamiento antes y después del nuevo Código Civil y comercial”, en [en línea] *Rubinzal - Culzoni Editores on-line*, 31/07/2015.
- CHIOVENDA, JOSÉ, “Cosa juzgada y preclusión”, en *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, t. III, Bs. As., 1949.
- COLOMBO, CARLOS J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Anotado y Comentado*, t. I, Bs. As., AbeledoPerrot, 1982.
- COMANDUCCI, PAOLO, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en *AAVV, Positivismo jurídico y Neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- COMANDUCCI, PAOLO, “Constitucionalización y teoría del derecho”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n° 350.
- COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Bs. As., Depalma, 1958.
- CROVI, LUIS D., “El nuevo régimen legal de las personas jurídicas en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *LL*, Suplemento especial, noviembre 2014.
- CUARTANGO, OSCAR A., “Actualización y tasa de interés en los créditos laborales”, en *Revista Derecho del Trabajo*, n° 9, 2014.
- DARWIN, CHARLES, *El origen de las especies*, Bs. As., Centro Editor de Cultura, 2007.
- DE LA FUENTE, HORACIO, “Posibilidad de modificar el Derecho Civil para adaptarlo a los derechos especiales”, en *DT* 1995-2.
- DE LOS Santos, MABEL A., “Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, en *JA* 1993-IV-866.
- DEVIS ECHANDIA, HERNANDO, *Teoría General del Derecho Procesal*, 3ª ed. act., Bs. As., 2004.
- DI CHIAZZA, IVÁN G., “Código Civil y Comercial, Prueba testimonial de los contratos. La novedad y las dudas del art. 1019 del nuevo Código unificado”, [en línea] MJ-DOC 7137-AR.
- ELÍAS, JORGE, “Perspectivas de la pretensión meramente declarativa laboral”, n° 1, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.
- ETALA, CARLOS A., “Aproximación a la incidencia del Código Civil y Comercial en el Derecho del Trabajo”, en *LL*, 2014-F-711.
- ETALA, CARLOS A., *Contrato de trabajo*, 6ª ed., Bs. As., Astrea, 2008.
- ETALA, CARLOS A., “La excepción de incumplimiento contractual en el derecho del trabajo”, en *Doctrina Laboral*, t. VI, Errepar, p. 201.
- ETALA, CARLOS A., “La Responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y su incidencia en el Derecho del Trabajo. Daños. La acción preventiva”, en Rodríguez Mancini (dir.), *Código Civil y Comercial y su proyección en el Derecho del Trabajo*, 1ª. ed., Bs. As., La Ley, 2015.
- ETALA, CARLOS A., “La suspensión indirecta individual, retención de tareas o excepción de incumplimiento contractual en el Derecho del Trabajo”, en *Revista de Derecho Laboral*, n° 2003-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.

## ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

---

- FENOCHIETTO, CARLOS E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 2001.
- FERNÁNDEZ MADRID, JUAN C., *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, t. I, 3ª ed. actualizada y ampliada, Bs. As., La Ley, 2007.
- FERNÁNDEZ MADRID, JUAN C. (dir.), *Derecho del trabajo. Doctrinas esenciales*, t. I, Colección Revista Jurídica Argentina La Ley, Bs. As., La Ley, 2010.
- FUGLIA, ARMANDO, “La prevención de los riesgos laborales”, 31/03/2014, MJ-DOC-6645-AR; MJD6645.
- FORMARO, JUAN J., *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho del Trabajo*, Bs. As., Hammurabi, Buenos Aires, 2014.
- GALDOS, JORGE M., *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), t. VIII, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015.
- GARCÍA BORRÁS, HEBE A., “Las asociaciones sindicales de trabajadores, legitimación y los intereses colectivos”, en Rubinzal-Culzoni Editores online, RC D 484/2015.
- GNECCO, LORENZO P., “Personas Jurídicas, contratos asociativos y otros contratos de empresa en el nuevo Código Civil y Comercial. Una visión desde el Derecho del Trabajo”, en Jorge Rodríguez Mancini (dir.), *Código Civil y Comercial y su proyección en el Derecho del Trabajo*, Bs. As., Thomson Reuters, 2015.
- GOZAÍNI, OSVALDO A., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. II, Bs. As., 2011.
- GUAUSTINI, RICCARDO, “La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano”, en *Estudios de teoría constitucional*, México DF, IIJ-UNAM, Fontamara, 2001.
- GUIBOURG, RICARDO, A., “Sistema de reparación en materia de accidentes del trabajo”, en DT 1991-B.
- HERNÁNDEZ, CARLOS A., y TRIVISONNO, JULIETA, “Suspensión del contrato en el Proyecto de Código”, en LL, 2012-E-1067.
- HERRERA FIGUEROA, MIGUEL, *Justicia y Sentido*, Bs. As., Leuka, 1955.
- HIGHTON, FEDERICO R., *Responsabilidad patrimonial solidaria de directores, administradores y socios por demanda laborales contra sociedad comerciales*, Bs. As., Ad Hoc, 1999.
- HOBBS, THOMAS, *Leviatán*, Bs. As., FCE, 2009.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Pautas para interpretar el Código”, en *Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente*, Bs. As., Astrea, 2015.
- KROTOSCHIN, ERNESTO, *Tratado práctico del Derecho del Trabajo*, t. I, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1965.
- LAVALLE COBO, JORGE, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 5, Augusto C. Belluscio (dir.), Eduardo A. Zannoni (coord.), Bs. As., Astrea, 2002.
- LÉPORI WHITE, Inés, “Cargas probatorias dinámicas”, en JA 2003-II-1030.
- LISOPRAWSKI, SILVIO V., “Límites de la separación patrimonial en el fideicomiso. Fraude laboral”, en LL, [en línea] 1 - LA LEY2014-C, 707, cita AR/DOC/191/2014.
- LÓPEZ, JUSTO, “Incidencia del derecho civil en el derecho del trabajo”, en Juan Carlos Fernández Madrid (dir.), LT, XXX-A-195, en *Derecho del trabajo. Doctrinas esenciales*, t. I, Colección Revista Jurídica Argentina La Ley,

## ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

---

- Revista *Derecho del Trabajo*, Bs. As., La Ley, 2010.
- LORENZETTI, RICARDO, *Código Civil y Comercial, comentado y concordado*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015.
- LORENZETTI, RICARDO L., *Justicia Colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2010.
- LOZADA, SALVADOR M., *Dependencia y empresas multinacionales*, Bs. As., Eudeba, 1974.
- MARTORELL, ERNESTO E., “La inoponibilidad de la persona jurídica en el Código Civil y Comercial. Responsabilidad por el uso disfuncional de la sociedad”, en *LL*, 26/11/2014, 2014-F-993.
- MILL, JOHN S., *Sobre la libertad*, Madrid, Sarpe, 1984.
- MILLAR, ROBERT W., *Los Principios Formativos del Proceso Civil*, Bs. As., 1945.
- MOLINA SANDOVAL, CARLOS A. “Sociedades anónimas unipersonales”, en *LL* 2014-F.
- MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Montevideo, B de F, 2013.
- MORELLO, AUGUSTO M.; BERMEJO, PATRICIA Y MORELLO, MARÍA S., *Lectura procesal de temas sustanciales*, La Plata, Ed. Platense, 2000.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, “Daño moral en la extinción del contrato de trabajo”, en *Revista de Derecho Laboral*, 2000-1.
- MOZZI, GERMÁN D., “Reflexiones sobre la llamada ‘nueva pesificación’ de los contratos en la Argentina, según el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación unificado”, en *AAVV, Código Civil y Comercial de la Nación: suplemento especial*, Bs. As., Erreius, 2015.
- NISSEN, RICARDO A., *Curso de Derecho Societario*, 3ª ed., Bs. As., Hammurabi, 2015.
- NISSEN, RICARDO A., *Ley de Sociedades Comerciales*, t. 1, Bs. As., Editorial Ábaco, 1982.
- PALACIO, LINO E., *Derecho Procesal Civil*, t. I, 3ª ed., actualizada por C. Camps, Bs. As., AbeledoPerrot, 2011.
- PALACIOS, ALFREDO L., *El nuevo Derecho*, 5ª ed., Bs. As., Claridad, 1960.
- PASTORINO, EDUARDO E., *Código Procesal laboral de la Provincia de Santa Fe Comentado*, Rosario, Juris, 2014.
- PEYRANO, JORGE W., “Desplazamiento de la carga probatoria - carga probatoria y principio dispositivo”, en *JA* 1993-III-738.
- PEYRANO, JORGE W., “De la carga probatoria dinámica embozada a su consagración legislativa”, en *JA* 2003-II-1049.
- PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO, *Los principios del derecho del trabajo*, 3ª ed., Bs. As., Depalma, 1998.
- PORTA, ELSA, “El sindicato y los derechos individuales homogéneos de incidencia colectiva”, en *DT*, 3185, diciembre de 2013.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, “Constitucionalismo y garantismo”, en Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2005.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Constitucionalismo y Positivismo*, México DF, Fontamara, 1997.
- RAMIREZ, LUIS E., *Comentarios a la Ley de Reforma 26.773. Riesgos del Trabajo. Decr. reglamentario*, Montevideo, Editorial B de F, 2014.
- RANDICH MONTALDI, GUSTAVO E. “La acción preventiva del Código Civil y Comercial: trámite en la legislación procedimental de Mendoza”, en *LL Gran Cuyo* 2015 (julio), 596, AR/DOC/2060/2015.
- RAWLS, JOHN, *Teoría de la justicia*, México DF, FCE, 1993.

## ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

---

- RINESSI, ANTONIO J., “La causalidad en el derecho positivo argentino. Comparaciones con otros ordenamientos”, en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal - Culzoni Editores, 2003-2.
- RIVAS, ADOLFO A., *Teoría General del Derecho Procesal*, Bs. As., LexisNexis, 2005.
- RIVERA, JULIO C. y MEDINA, GRACIELA (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Bs. As., La Ley, 2015.
- RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, “El proyecto de Código Civil y Comercial y sus implicancias en el derecho del trabajo”, en *DT* 2012 (noviembre).
- ROITMAN, AGUIRRE y CHIAVASSA, “Las sociedades en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *LL*, Suplemento especial, “Nuevo código Civil y Comercial”, noviembre de 2014.
- ROSALES CUELLO, RAMIRO; GUIRIDLIAN LAROSA, JAVIER D., “Finalidades del proceso colectivo. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *La Ley*, 2015 C.
- SÁNCHEZ GIL, RUBÉN; CARBONELL, MIGUEL, “¿Qué es la constitucionalización del derecho?”, *Quid Iuris*, n° 15, 2011.
- SELVAROLO ARCURI, GUIDO M., “La función preventiva en la responsabilidad civil y el rol de los daños punitivos”, *RcyS 2015-VIII*, 18, AR/DOC/2072/2015.
- SERICK, ROLF, *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, Puig Brutau, José (trad.), Barcelona, 1958.
- TOSTO, GABRIEL, *La responsabilidad jurídica por daños a la salud del trabajador. Visión teórica y jurisprudencial*, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2012.
- TRIGO REPRESAS, FÉLIX A.; STIGLITZ, RUBÉN (dirs.), *Contratos. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, Bs. As., La Rocca, 1989.
- TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, 2a. ed., La Plata, Librería Editora Platense, 1978.
- UTRERA, GASTÓN, *La inflación: cómo comprender y combatir la enfermedad crónica de Argentina*, Bs. As., Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la CABA, 2013.
- VALLESPINOS, CARLOS G. y OSSOLA, FEDERICO A., *La obligación de informar en los contratos*, Bs. As., Hammurabi, 2010.
- VARELA, PAULA y LOTITO, DIEGO, “La lucha de Kraft-Terrabusi. Comisiones Internas, izquierda clasista y ‘vacancia’ de representación sindical”, en *Conflicto Social*, año 2, n° 2, diciembre de 2009.
- VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Bs. As., Astrea, 1981.
- VÁZQUEZ, GABRIELA A., *El regreso al derecho civil para la protección del trabajador*, Bs. As., Educa, 2004.
- VÍTOLO, ALFREDO, “La Ley de sociedades comerciales reformada por la ley que sancionó el Código Civil y Comercial”, en *LL*, 2014-F-692.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Marina Gascón (trad.), Madrid, Trotta, 1999.
- ZINI HARAMBOURE, PAOLA E., “*Cautio damni infecti* y la prevención del daño: de sus orígenes romanos a la reforma del Código Civil argentino. Proyección en el derecho ambiental”, *UNLP*, 2012-42; AR/DOC/5310/2012.





# Índice temático

## A

- ABUSO DE DERECHO P. 33, 123
- ACCIDENTES DE TRABAJO P. 28, 98,  
134, 138
- deber de prevención P. 69, 122, 123,  
127, 141, 142, 170
- enfermedades profesionales P. 28, 98,  
132, 134, 136, 138
- medidas de prevención P. 132, 162
- prevención de los riesgos P. 127, 129,  
130, 132, 139, 143
- ASOCIACIONES SINDICALES P. 50,  
51, 58, 121, 128
- personería gremial P. 50, 51,  
53, 54, 56, 58

## C

- CRÉDITO LABORAL P. 28, 29, 106
- CONTRATO DE FIDEICOMISO *véase*  
FIDEICOMISO
- CONTRATO DE TRABAJO P. 20, 26  
33, 35, 46, 67, 73, 74, 96, 136, 138, 150, 157, 161
- relación laboral P. 4, 24, 25, 90, 139, 165, 168, 170
- CONVENIOS COLECTIVOS DE TRA-  
BAJO P. 46, 54, 57, 132, 136

## D

- DERECHOS DE INCIDENCIA COLEC-  
TIVA P. 41, 48, 50, 52, 55, 57, 58, 60
- acciones de clase P. 50, 55, 58

## E

- EMPLEADOR P. 50, 51, 54, 57,  
127, 128, 130, 132, 138, 139, 142
- ESTADO CONSTITUCIONAL P. 79, 82,  
84, 85, 92, 94, 186

## F

- FIDEICOMISO P. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12,  
13, 14, 19, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29
- administrador del fideicomiso P. 10,  
17, 25, 27
- bienes fideicomitidos P. 10, 11, 12,  
17, 18, 19, 20, 21, 23
- fideicomisario P. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 18, 21, 26
- fiduciante P. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13,  
18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26
- fiduciario P. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12,  
13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29

## H

- HIGIENE Y SEGURIDAD DEL TRABA-  
JO P. 34, 36, 37, 99, 128, 129, 131, 132, 135,  
136, 138, 142, 170
- salud del trabajador P. 37, 127, 143

## I

- INTERPRETACIÓN DE LA LEY P. 45,  
58, 156

## O

- OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR P. 35, 129  
deber de seguridad P. 117, 135, 136, 138, 142  
ORDEN PÚBLICO P. 24, 28, 72, 90, 105, 163, 169

## P

- PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO P. 24, 122  
principio protectorio P. 67, 69  
PROCEDIMIENTO LABORAL P. 145, 155  
carga de la prueba P. 65, 66, 71, 146, 149, 150, 175  
cosa juzgada P. 50, 66, 166  
medios de Prueba P. 65, 71, 146, 161

## R

- REMUNERACIÓN P. 34, 35, 37, 103  
RESPONSABILIDAD CIVIL P. 5, 28, 96, 118, 122, 124, 127, 128, 133, 134, 141, 142, 153, 166  
acción preventiva del daño P. 65, 69  
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO P. 180, 183, 185  
responsabilidad extracontractual del Estado P. 177, 183, 184

## S

- SEGURIDAD E HIGIENE *véase* HIGIENE Y SEGURIDAD DEL TRABAJO  
SEGURIDAD SOCIAL P. 42, 127, 131  
SOCIEDADES COMERCIALES P. 121, 160  
personalidad jurídica P. 7, 27