

DICTAMEN DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS LEGISLATIVOS (IDEL) DE LA FEDERACIÓN DE COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA ARGENTINA (F.A.C.A.).

Tema: Proyecto de Reforma de los Códigos Civil y Comercial.[1][1]

El Instituto de Estudios Legislativos de la Federación de Colegios de Abogados de la Argentina, a partir de las iniciativas de distintas de sus Secciones que abordaron el tema, de los pedidos practicados por las representaciones de los Colegios de Abogados que participaron de la Junta Extraordinaria de Gobierno que convocara la Mesa Directiva de la Federación, para tratar este importante proyecto de ley y de las requisitorias formuladas expresamente por los autores y el Poder Ejecutivo, para que se expidiera sobre el mismo y llevara a cabo aportes que enriquecieran a la iniciativa, procede a aprobar el siguiente dictamen para ser presentado ante el Congreso de la Nación, para que la o las comisiones que se creen para su tratamiento parlamentario y los legisladores de ambas Cámaras, conozcan las opiniones de esta entidad madre de la abogacía argentina y de sus colegios miembros:

CONSIDERACIONES GENERALES.

La reforma de los Códigos Civil y de Comercio, según se expresa en sus fundamentos, tiene el sentido explicitado de avanzar hacia una regulación del derecho privado, imbuida de los valores sociales del presente, superando una concepción individualista.

Es de suponer que un Código reformador de los anteriores e integrador de los mismos, debe estar destinado a regular las instituciones del derecho privado que le incumben, dándoles sistematicidad e integrándolas armónicamente.

Advertimos que el desarrollo dado a esas instituciones y la sistemática de exposición de las mismas, dista mucho de ser racional y completo.

Por otra parte en el tratamiento de las instituciones que alcanza a regular se advierte defectos por omisión y exceso.

Omisión, por cuanto se dejan de regular e integral debidamente al Código institutos tradicionales del derecho común y excesos, por cuanto se incursiona puntualmente en algunas instituciones del derecho social y público, que corresponden a una lógica axiológica distinta y pasarán a ser interpretadas confusa y hasta contradictoriamente.

Conforme se expidiera en su dictamen previo, la Sección de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del IDEL, ponemos de relieve que a partir de una arquitectura constitucional, el derecho privado debe respetar las incumbencias del derecho social y reservar a la legislación social ese cometido.

Esto tiene una lógica sistémica que impone que a las normas del derecho privado, se las interprete y aplique a partir de sus principios generales y por oposición las normas sociales(entre ellas las más significativas son las del trabajo en relación de dependencia y las propias de la seguridad social), son interpretadas y aplicadas por medio de los principios generales que difieren y contradicen a los anteriores a partir de una axiología, que la propia Constitución escogiera en relación con especiales sujetos a proteger. Por otra parte, los principios generales del derecho social son dialécticamente superadores de las normas del derecho individual y privado a las someten a su imperio, constituyendo fuente normativa de superior rango en lo que a la cuestión social refiere. Esos principios tienen raigambre constitucional, como suceden especialmente con el protectorio y el de progresividad.

Introducir en un código del derecho privado a instituciones que sólo funcionan a partir de principios ajenos a la sistemática del mismo, sólo lleva a la confusión y el caos.

A partir de esas pautas arquitectónicas de lo constitucional, es evidente que el derecho social no puede ser reemplazado sin medrar en su competencia y resulta significativo que los Códigos sobre los que se afirmó la seguridad jurídica en las relaciones individuales en el pasado, sean actualizados, pero que el mandato constitucional de 1957, que ordena dictar el Código del Trabajo y de la Seguridad Social, no sea abordado.

[1][1] El presente dictamen es acompañado con la documentación en la que se fundara, dictámenes de las Secciones, presentaciones de Colegios de Abogados federados y resolución de F.A.C.A., atinente al tema de las incumbencias.

Es evidente que este anteproyecto invade las áreas propias de otras disciplinas a las que la Constitución programa y el legislador resiste con total indiferencia de su rol Republicano en el Estado constitucional. La forma en que la norma proyectada intenta regular la cuestión dista de ser superior de la misma. La improvisación en la materia puede resultar cara.

También que a ese texto le faltan las disposiciones que expresen cual es el derecho privado reformado y cuáles las leyes del mismo que mantendrán vigencia. Finalmente que faltan las normas que indiquen qué disposiciones serán por razones de orden público de aplicación inmediata y a qué cuestiones pendientes o en litigios en trámite alcanzarán.

En una reforma de este tipo previsiones de esa naturaleza no pueden dejar de tenerse en cuenta, por razones de mínima seguridad jurídica.

Hechas esas salvedades y requerimiento de regulaciones pendientes, reservándose para poder continuar el estudio de ese complejo en forma más acabada, adelantamos estos primeros enfoques con el propósito de que el IDEL-FACA, de considerarlo pertinente, los eleve a ambas Cámaras del Congreso de la Nación, con el sentido que sirvan a una reforma que creemos necesaria, pero al mismo tiempo sabemos de difícil concreción, por que los méritos de la normativa a reformar, son de tal importancia que todo intento debe partir de un profundo respeto al material que se intenta superar.

LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL OBJETIVA.

Daremos un ejemplo de lo anteriormente expuesto, a partir de la llamada responsabilidad contractual objetiva.

Tras mucho trasegar se declara en el derecho común proyectado que existe la responsabilidad contractual objetiva, lo que en principio es bueno, puesto que ayuda a superar un objetivismo corto de vista afirmado en una teoría general de la responsabilidad, que en beneficio de los dañantes y sus aseguradoras cabalgó durante años en la jurisprudencia y la doctrina, sin asimilar a la primera y a partir de sostener a la culpa como único factor atributivo excluyente. Sin admitir que en la vida moderna, hay deberes de seguridad y garantías de existencia, que obligan mucho más allá de los límites aquilianos.

Es bueno en consecuencia que se intente llevar al derecho positivo, como declaración dogmática, lo que los Congresos de derecho civil admitieron hasta el cansancio a fines de orientar debidamente la aplicación del Código vigente.

Pero cuando se pasa advertir, que Dalmasio Vélez Sarsfield en su época, reconoció la responsabilidad objetiva y contractual, como deber de seguridad y garantía de indemnidad en el contrato de locación de servicios, aplicándole las normas del mandato (art 1870, inc. 4º, arts. 1953 y 1954), señalamos que ésta formulación específica cesa de ser contemplada en el Anteproyecto, lo que permitirá a aquellos que siempre resistieron a su aplicación efectiva, que la reforma se constituya en derogación del instituto.

A partir de la reforma se hace renacer la locación de servicios, como simple y promocionado contrato de servicios, pero a éste se lo des protege de la garantía de seguridad antes existente simplemente por crear una laguna donde antes había derecho positivo.

Esto obliga a interrogarse la Sección, sobre si la avanzado en la declaración progresista de las fundamentos, es retrocedido en la operativa reformista en cuanto al derecho positivo.

Borrar de un plumazo la garantía de seguridad, como forma operativa legal, del principio constitucional "alterum non laedere", en el contrato de apropiación libre del trabajo humano, (lo locación de servicios, figura que el derecho social superó dialécticamente con el contrato de trabajo), no es poca cosa.

Y menos lo es cuando la mayor parte de los daños y perjuicios se refieren a los sufridos por los trabajadores en el ejercicio de la libertad de enajenación de sus fuerzas productivas. Esto vale tanto para el trabajo bajo relación de dependencia, como para el llamado trabajo autónomo (contratos de servicios y obras en el anteproyecto).

Lo destacamos porque con ello se está desprotegiendo tanto a los trabajadores autónomos como a los que se desempeñan bajo relación de dependencia.

Los profesionales liberales en sus contratos propios del llamado trabajo autónomo, integran la legión de los llamados cuentapropistas. Estos trabajadores están en gran medida desprotegidos por no poder afirmarse en un orden público social, por lo muchos van camino de la marginalización. La ausencia del derecho positivo que consagre expresamente la garantía de seguridad no vendrá a aliviar el actual estado de cosas, sino a agravarlo.

El tema, en consecuencia, alcanza a los contratos de los trabajadores autónomos como lo señalamos, pero también gravita en la realidad de las defensas con que cuentan los trabajadores dependientes, regulados por una legislación social que dista de ser completa y suficientemente tuitiva.

Directamente, implica que las acciones por daños que sufran en ocasión de las prestaciones de contratos de locación de servicios u obras, los que derivarán de sancionarse el anteproyectos en sus formas contractuales reformadas.

Indirectamente, la cuestión pasa a tener singular significación, por cuanto incide en las llamadas acciones comunes por daños de los trabajadores dependientes, con las que se acompaña las declaraciones de inconstitucionalidad de las normas de la Ley de Riesgos del Trabajo 24.557, único camino con que cuenta los trabajadores para acceder judicialmente a la reparación integral de los daños que padecen.

SECCIÓN 8ª . RESPONSABILIDAD POR RIESGO.

El Proyecto dedica una Sección a la “Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades” , eligiendo ese título que de por sí insiste en una confusión básica, que ya en la época en que Borda redactó la reforma de 1968, era inadmisibile, pero llevó a confusión a la doctrina y la jurisprudencia acumulando errores hasta el cansancio.

El concepto de que la cosa pueda ser autora de hechos jurídicos, parte del disparate de adjudicarle a ella una conducta humana.

La doctrina del riesgo profesional, culminando la labor de los contractualistas, dejó en claro de que la conducta apropiativa del trabajo del trabajo humano, obliga a la reparación de los daños y sirvió para construir el contrato de trabajo como vínculo de responsabilidad que garantiza la ajenidad del trabajador al riesgo que crea el empleador.

Hablar en el mismo párrafo sin distinguir de la intervención de las cosas y del riesgo de ciertas actividades, es no tener en claro la cuestión del renacimiento de la responsabilidad objetiva en la era moderna, que se desarrolló primero como contractual, (juzgando accidentes de trabajos en las entonces llamadas locaciones de servicio), instituyó como principio fundacional, al contrato de trabajo, y se expandió hacia el riesgo de empresa primero, después al de autoridad, luego al riesgo creado y está construyendo en el presente la noción del riesgo social.

Es la propiedad y guarda de cosas, empleadas en actividades riesgosas, las que atribuyen responsabilidad a los dueños y guardianes, usando cosas, materiales o inmateriales, la que se somete al juicio de responsabilidad, en forma alternativa y diferenciada al de la responsabilidad llamada subjetiva, en la que la noción de culpa juega su rol.

No son las cosas las que atribuyen responsabilidad, sino la actividad con cosas la que responsabiliza.

Entendida bien la cuestión se debe llegar a la consideración de que siendo las actividades riesgosas las que obligan a la reparación, el protagonismo de la cosa se reduce a ser un agente causante del riesgo en una actividad que beneficia. Se llega a tener en claro que hay actividades riesgosas, que causan daño sin la intervención de cosas y también obligan a la reparación, por cuanto en la sociedad moderna, quien usa a otro con posibilidad de que resulte dañado, no resulta justo que lo deje librado a su suerte. Decían en latín antiguos juristas, “quien crea el peligro es justo que soporte el daño”..

El Anteproyecto en su art. 1757 da muestras patentes de la confusión en la que incurrieron los autores cuando prescribe: “Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.”

Esa confusión ha llevado por largas décadas a que en la jurisprudencia se encuentren fallos en que se liberó de responsabilidad objetiva a los dañantes, porque no se encontró que el cuchillo fuera una cosa riesgosa en sí o que se discutiera si las cosas inanimadas podían atribuir responsabilidad.

Existe un propósito enunciado en el Anteproyecto y una operativa legal que lo contradice y trata de aliviar los efectos de la toma de conciencia de la humanidad en cuanto a la responsabilidad social, en lo que hace a la naturaleza profunda de la responsabilidad mal llamada objetiva y propia de las actividades riesgosas, a las que se termina confundiendo y en consecuencia desactivando.

El correcto título de la sección debería ser **“RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDADES RIESGOSAS.”**

Una alternativa posible del art 1757 proyectado debería ser:

“Poner en situación de riesgo a una persona responsabiliza por el daño causado ante el riesgo asumido, a menos que la asunción del riesgo por la víctima se encuentre expresamente admitido por la ley como eximente.

“Las actividades cumplidas en el propio beneficio, en la medida en que causan daños, generan la responsabilidad del que las lleva a cabo o las encomienda a terceros, con o sin intervención de cosas.

“Esto alcanza a los daños que sufren quienes las llevan a cabo para otros y los que padecen como terceros cuando el daño es producido con cosas de la propiedad, guarda o tenencia de quien se beneficia con la actividad que provocó el daño.

“La responsabilidad por riesgo se aplica en los contratos y en las relaciones extracontractuales.”

SOCIEDAD UNIPERSONAL.

Visto el Anteproyecto de reforma de los Códigos Civil y Comercial, en relación con las normas instituyentes de la sociedad unipersonal, la Sección de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, dictamina al respecto que las limitaciones de la responsabilidad del empleador, en relación con los trabajadores que se desempeñen bajo su relación de dependencia, se constituyen en una vía útil para burlar las normas de orden público laboral y de la seguridad social.

La diferencia negocial de las partes en el contrato de trabajo, impiden al trabajador, como lo puede hacer otro tipo de contratantes, optar por no aceptar una relación que le otorga empleo en épocas de escasez del mismo. El poder con que cuenta el principal, (persona física y sociedad al mismo tiempo a la que controla), en ejercicio de las facultados de dirección de la empresa y disciplinarias, solo puede en el sinalagma laboral ser compensado con la responsabilidad ilimitada, de quien en función del principio de primacía de la realidad será quien ejerza la condición patronal.

Corresponde por lo tanto, que aún en el caso de que se aceptara la existencia de este tipo de sociedades, modificándose la Ley 19.550, que se instrumentara una norma de este tipo:

“La responsabilidad limitada de la sociedad unipersonal, no alcanza a las obligaciones que surgen de los contratos de trabajo, siendo la persona física constituyente y controlante de la sociedad, íntegramente responsable con su patrimonio del cumplimiento de las mismas”.

Esta propuesta no deja de ser la aceptación de un mal menor, dentro de la aceptación de un instituto que otorga a los titulares de actividades lucrativas, un poder absoluto, excepcional y perjudicial para una sociedad que se trate de fundar a partir de principios de responsabilidad que respondan a la lógica del “alterum non laedere”.

Por otra parte, la existencia misma de una sociedad unipersonal es por lo demás un absurdo, que encubre el propósito de permitir que se constituyan patrimonios de afectación que liberen de obligaciones a los instituyentes del mismo. Si esto puede tener algún sentido en cuanto a las actividades no lucrativas, no sin los recaudos que correspondan, en cuanto esos mismos patrimonios de afectación puedan causar daños pese al espíritu de que los anima, en cuanto a las relaciones que ellos tengan con la apropiación del trabajo humano, no pueden servir para desactivar la plena efectividad de la legislación social, para con quienes con ella construyen su poder económico.

LA PROPIEDAD SOCIAL CONSIDERADA COMO UNA PROPIEDAD COMUN EN EL TRATAMIENTO DE LA CUESTION INDÍGENA..

Entre los avances asistemáticos del Proyecto, se encuentra el encuadrar la cuestión indígena con sus protecciones sociales encomendadas por la propia Constitución Nacional, que otorgan a los institutos que se intentan regular en el centro mismo del proceso de publicización a partir del tratamiento dado a sujetos especialmente protegidos.

Así por ejemplo, es materia en principio extraña a este Código la regulación de la propiedad indígena, en consonancia con la propia de otros tipos de propiedad a las que se les aplica los principio generales del derecho real común, con sus notas de dominio y transmisión.

Por eso es que hacemos nuestra la posición adoptada por la Sección de "Derecho Registral, que explicitara el doctor Alberto F. Ruiz de Erenchun en estos términos:

"Art. 1887.- Enumeración (de los derechos reales admitidos)

1.- En este precepto del proyectado Código Civil y Comercial dentro del Libro CUARTO Título I Capit.1 nos enuncia taxativamente cuales son los derechos reales admitidos.

Observaciones:

1.1. **La propiedad comunitaria indígena:** La naturaleza específica, de raíz constitucional, y carácter especial del "bien" que como se lo indica en el Título V (arts.2028 al 2036) tiene como titular a la "Comunidad indígena registrada como persona jurídica" que por manda constitucional es materia de "conurrencia con las provincias" según señala expresamente la CONSTITUCION NACIONAL en el art.17, tiene de raíz una total limitación patrimonial en el "derecho común" en tanto este "sujeto de derecho" no podrá disponer de ese "derecho real patrimonial" por que : *"..ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.."*- Por tanto resulta inconveniente o por lo menos poco claro incluir esta "especie" en el catálogo del derecho común, e incongruente establecer en el art.2033, que esta propiedad *"..Puede ser gravada con derechos reales de disfrute (o sea el usufructo, el uso la habitación, la servidumbre o la superficie) siempre que no la vacien de contenido, y no impidan el desarrollo económico, social y cultural, como tampoco el goce del habitat por parte de la comunidad conforme sus usos y costumbres.."* y agrega en su ultimo parr. *"Los miembros de la comunidad indígena están facultados para ejercer sus derechos pero deben habitar en el territorio, usarlo y gozarlo para su propia satisfacción de necesidades sin transferir la explotación a terceros"* Lo cual anticipa per ser una seria contradicción por que no se puede constitucionalmente gravar pero se esta permitiendo gravar con derecho real de disfrute. Y cual ese derecho de disfrute si no el usufructo o alguno de los indicados. Que en todo caso requieren entrega de la cosa dada en "disfrute" por utilizar la terminología del proyecto. Pero además el vaciado de contenido y el habitar obligatorio, y la prohibición en el mismo texto de transferir la explotación a terceros, resulta cuanto menos de difícil comprensión, y compatibilización, considerando las atribuciones del usufructuario (y demás derechos enunciados) y por ende la dudosa constitucionalidad del texto. Todo lo cual sin perjuicio que lo dicho crea un marco de litigiosidad indudable y desde ya indeseable en un nuevo código. No parece entonces, que siendo un "derecho" fuera del comercio según el indicado marco constitucional, sea una "materia" que deba ser incluida en lo que prospectivamente es un cuerpo de "derecho común" para el desenvolvimiento económico de la población. Resulta mucho mas adecuado quitar esta "especie" del código unificado, y mantenerla dentro del marco normativo constitucional y el que le provee la ley 23.032 y demás normas específicas que tanto el legislador nacional (competente constitucionalmente establecido para la materia) como las provincias también habilitadas constitucionalmente en función "concurrente", den marco al derecho en cuestión.-"

En definitiva es esa una cuestión social ancestral del país, que deber quedar reservada al Código de Trabajo y la Seguridad Social cuando se cumpla el mandato de sancionarlo, por responde esencialmente a sus fines y objeto de regulación.

ARBITRAJE COMO CONTRATO.

Esta Sección hace suyos los términos del dictamen elaborado por el doctor Héctor Méndez presentado por la Sección de Arbitraje del IDEL y destaca que el tratamiento dado al instituto como un contrato, desnaturaliza al instituto que tiene por esencia ser un procedimiento de solución de conflictos.

Si se permitiera que el mismo, en la forma abordada llegara a ser aplicado a los conflictos sociales, fuera del ámbito y la influencia de los principios generales del derecho del trabajo, sus efectos en cuanto a la condición de éstos y sus organizaciones sindicales, serían arrasadores de los derechos irrenunciables que los protegen.

Ello obliga a reformular el instituto que no se puede equiparar o calificar de contrato (ver arts. 1649 y 1650 del Anteproyecto).

EL FIDEICOMISO.

El Anteproyecto profundiza los vicios en que cierto sector de la jurisprudencia y la doctrina, vienen incurriendo en la promoción de este discutido instituto, mediante el cual se vienen llevando a cabo maniobras económicas que dejan a los trabajadores sin interlocutor válido en cuanto a la protección de los derechos sociales que se ejercen a partir de esa actividad económica.

Implica el mismo el de un nuevo tipo de dominio imperfecto, el fiduciario (Libro IV "De los Derechos Reales", Título III "Del Dominio", Capítulo 3. "Dominio Imperfecto" Art. 1964 "Supuestos de dominio imperfecto"), se lo regula como un contrato dentro de los derechos personales (Libro III "De los Derechos Personales" Título IV "De los Contratos en Particular", Capítulo 31 "Dominio fiduciario", arts. 1701/1707), aunque en realidad el fideicomiso en garantía implica la creación por decisión contractual de un nuevo y no tipificado **derecho real de garantía** que otorga al acreedor o beneficiario una superpreferencia de cobro directo e inmediato sobre la cosa que supera en sus efectos a cualquier derecho real sobre cosa ajena, y que dejará en desuetudo a la hipoteca, la anticresis y la prenda que se mantienen contempladas como derechos reales de garantía (arts. 2205/2237). (Conf. Dictamen del doctor Méndez).

Como se evidencia en la actualidad en los créditos laborales de los trabajadores que se desempeñan en las actividades fideicomisadas, hay un vaciamiento de interlocutor válido para dirigir las acciones fundadas en el orden público cuando de esa actividad resultan daños.

Grandes emprendimientos a la hora de responder ante quienes los hicieron posibles, son imposibles de responsabilizar por su propio accionar, tanto lícito, como ilícito.

Ricardo J. Cornaglia, Juan J. Formaro, Juan Ignacio Orsini, Moisés Meik, Rodolfo Capón Filas, David Duarte, Néstor Rodríguez Brunengo, Angel Eduardo Gatti, Guillermo Gianibelli, Carlos Vázquez Ocampo.
