



La imprevisión y su aplicación a las convenciones colectivas de trabajo

Ricardo A. Foglia (*) y Maira C. Rita (**)

SUMARIO: I. Marco de referencia.— II. Materia objeto del análisis.— III. Conceptualización de la convención colectiva de trabajo.— IV. Naturaleza jurídica de las convenciones colectivas de trabajo.— V. La imprevisión como principio general en materia de contratos.— VI. La teoría de la imprevisión en las convenciones colectivas de trabajo.— VII. Posibles opciones ante la excesiva onerosidad.— VIII. Derecho comparado.— IX. Conclusión.

→ La imprevisión derivada de la excesiva onerosidad es un instituto que tiende a mantener la justicia y la adaptación a las circunstancias económicas imprevistas y ajenas a la voluntad de las partes. Es una forma de mantener el equilibrio del contrato colectivo. Es un mecanismo para hacer reinar el principio de buena fe que preside las relaciones jurídicas y no se advierte la razón, ni hay justificación, para que las Convenciones Colectivas de Trabajo estén fuera del ámbito de actuación de ese principio rector.

causa en el denominado “hecho del príncipe”, esto es, la normativa estatal que dispuso el aislamiento, el cierre de ciertas actividades que el Estado consideró “no esenciales” y la prohibición de que los trabajadores de aquellas concurren a trabajar en la forma indicada. La enfermedad, en sí misma, podía haber sido un supuesto de fuerza mayor o desequilibrio contractual anómalo, en los casos concretos en que hubiere provocado la imposibilidad de cumplir o alterado en forma extraordinaria las circunstancias existentes al momento de la celebración del contrato. Pero no fue así. Compartimos la decisión estatal de disponer el aislamiento y cierre de actividades no esenciales, pero lo cierto es que jurídicamente esa fue la causa, en ciertos supuestos, del *casus* y de la eventual excesiva onerosidad.

Con ello queremos señalar que la finalización del aislamiento no significa el fin de la crisis económica y laboral, sino que va a ser el inicio de una nueva etapa, con muchas empresas extinguidas, reducidas o menguadas. Por otra parte, van a expandirse actividades cuyo crecimiento antes se trató de no propiciar e incluso prohibir, porque se consideraba que eran fuente de trabajo clandestino o precario —como el trabajo por plataformas, el teletrabajo, las ventas *online*—, o porque destruían puestos de trabajo —como la automatización, la inteligencia artificial y la robotización, entre otras—. La crisis de empleo va a ser importante.

fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores por una parte, y las organizaciones de trabajadores por la otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con el objetivo de reglamentar, por medio de *contratos colectivos*, las condiciones de empleo” (el destacado nos pertenece).

Sí define el concepto el art. 2º del Convenio 154 de la OIT, de la siguiente forma, partiendo de la negociación colectiva: “...las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, o un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por la otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo o, b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores o, c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores o lograr todos estos fines a la vez”.

El derecho del trabajo se estructura sobre la forma de producir, y esta cambió sustancialmente a partir del 20/03/2020. La profundidad del cambio es incierta, como son inciertos el virus, su expansión y su duración.

II. Materia objeto del análisis

En este comentario analizaremos si jurídicamente es posible recurrir al mecanismo de la imprevisión en el ámbito de las convenciones colectivas de trabajo.

Es decir, se trata de la vinculación jurídica entre la ley 14.250 (2) y el art. 1091 del Cód. Civ. y Com.

III. Conceptualización de la convención colectiva de trabajo

La ley 14.250 no define qué es una convención colectiva de trabajo. Solo señala, en el art. 1º, que ellas “...se rigen por la presente ley...”.

Tampoco lo hace el Convenio 98 de la OIT, que solo delimita sus características fundamentales en el art. 4º, cuando dice: “Deberán adoptarse las medidas adecuadas a las condiciones nacionales [...] para estimular y

Por su parte, el art. 82 del Estatuto de los Trabajadores de España caracteriza al convenio estatutario como sigue: “El resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios constituye la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de la autonomía colectiva”.

Antonio Vázquez Vialard expresa que la finalidad de la negociación colectiva es lograr la creación de una ley profesional que, junto con la estatal, establezca pisos mínimos que configuran el llamado orden público laboral. Ahora bien, el citado autor sostiene que el Estado no delega en las partes colectivas el derecho de ejercer (en nombre del grupo) la facultad de crear la norma convencional, sino que simplemente se admite una facultad propia de los grupos intermedios (3).

I. Marco de referencia

Con la llegada del COVID-19 a nuestro país a principios de marzo de 2020 se dispuso, mediante el DNU 260/2020 (1), el aislamiento obligatorio, por el plazo de 14 días, de las personas consideradas de riesgo. Ello implicaba la abstención de concurrir al trabajo de esos trabajadores.

Ante el avance de la enfermedad, ocho días después, el 20/03/2020, se publicó en el Boletín Oficial el DNU 297/2020, que amplió el aislamiento a toda la población y la prohibición de concurrir a sus lugares de trabajo salvo en las actividades declaradas esenciales por la misma norma. Dicho listado de actividades esenciales fue paulatinamente ampliado por normas posteriores.

Con ello queremos señalar que, desde el ángulo estrictamente jurídico, la fuerza mayor, y también la “alteración extraordinaria de las circunstancias” existentes al momento de celebrarse el contrato (imprevisión) tienen su

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), en un comunicado del 18/03/2020 titulado “COVID-19 y el mundo del trabajo: repercusiones y respuestas”, expresó: “El COVID-19 tendrá una amplia repercusión en el mercado laboral. Más allá de la inquietud que provoca a corto plazo para la salud de los trabajadores y de sus familias, el virus y la consiguiente crisis económica repercutirán adversamente en el mundo del trabajo en tres aspectos fundamentales, a saber: 1) la cantidad de empleo (tanto en materia de desempleo como de subempleo); 2) la calidad del trabajo (con respecto a los salarios y acceso a la protección social); y 3) los efectos en los grupos específicos más vulnerables frente a las consecuencias adversas en el mercado laboral” (p. 1).

Es innegable que estamos en presencia de una crisis global cuyos efectos económicos, y por ende laborales, se van a prolongar en el tiempo, y es muy posible que algunas de las medidas o tendencias que se adopten durante el período de aislamiento, que aún no terminó, tiendan a perdurar.

DOCTRINA

La imprevisión y su aplicación a las convenciones colectivas de trabajo

Ricardo A. Foglia y Maira C. Rita 1

NOTA A FALLO

Afectación de los derechos de los menores con discapacidad por exceso reglamentario de la Administración

Clementino Colombres Garmendia 5

JURISPRUDENCIA

IMPUGNACIÓN DE DECRETO REGLAMENTARIO. Atención diaria de hijo con discapacidad. Limitación temporal del permiso. Alteración del espíritu de la ley. Legitimación pasiva (Contencioso administrativo, Tucumán) 5

PROTECCIÓN DEL AMBIENTE. Revocación arbitraria de medidas cautelares. Incumplimiento de la evaluación de impacto ambiental. Residuos potencialmente peligrosos. Recurso hídrico (CS) 7

IV. Naturaleza jurídica de las convenciones colectivas de trabajo

Como señala García Murcia(4), las convenciones colectivas de trabajo son una de las fuentes más relevantes del derecho del trabajo.

Por esa razón, mucho se ha debatido sobre su naturaleza jurídica.

La cuestión radica en las especiales características del instituto, que lo acercan y lo alejan de algunas de las especies jurídicas catalogadoras: es un acuerdo de voluntades que supera a la legislación consagrando derechos y garantías mejoradoras de las leyes, con lo cual tienen un efecto de “supresión de la ley”. Pero no son ley, ya que no provienen del Congreso, pero tienen aplicación general como la ley, y los derechos que acuerdan a los particulares son irrenunciables.

En sustancia, las doctrinas al respecto son tres, con variantes dentro de cada una de ellas.

Para un mejor orden metodológico las analizaremos separadamente.

IV.1. La convención colectiva de trabajo es una institución de derecho público

Según esta doctrina, la convención colectiva de trabajo sería un acto de autoridad, ya que obliga a terceros extraños a ella.

De esta manera, no es el resultado de un acuerdo de voluntades, sino el ejercicio de un poder reglamentario, siendo el sindicato el depositario de esa forma de autoridad.

Dentro de esta tesis, y en su concepción más extrema y totalitaria, sería una ley delegada que confiere funciones públicas a instituciones corporativas, de forma tal que la convención colectiva de trabajo sería una manifestación del poder del Estado.

Esta idea confunde dos fuentes diversas del derecho, como son el contrato y la ley, que tienen una génesis y un procedimiento de nacimiento a la vida jurídica distintos, ya que la ley emana del Poder del Estado ejercido por el Congreso y conforme al procedimiento de sanción de las leyes constitucionalmente establecido. En cambio, el contrato dimana de la voluntad libre de las partes, y su extensión, por más amplia que sea, solo se limita a la representación de los sujetos parte del acuerdo concertado. Su origen y procedimiento de acuerdo no refleja la voluntad del Estado, sino la de los sujetos que son parte.

Por ello, y como señala De Ferrari(5), “[e]sta es, como se ve, una interpretación libre de la naturaleza jurídica del instituto, que solamente podría prosperar dentro de una reelaboración de todo el ordenamiento jurídico existente. Pero seguramente no parece necesario destruir la obra de tantos siglos y tantos pueblos, ni asociar en una sola figura dos cosas totalmente opuestas, ley y contra-

to, para poder explicar la extracción jurídica de la convención colectiva”.

IV.2. La convención colectiva de trabajo como una figura mixta

Por las consecuencias extremas y totalitarias a que llevaba la tesis publicista, algunos autores buscaron una solución intermedia o confluyente entre la autonomía de la voluntad y la imposición estatal.

Entre los autores que adhieren a esta tesis, se encuentran De la Cueva(6) y Duguit(7), que expresaron que la convención colectiva de trabajo sería una convención-ley.

Así, dice Duguit, la convención de trabajo sería una ley profesional negociada entre dos partes. El citado autor señala que “...nada se opone a que ciertas leyes sean una regla establecida por un acuerdo pactado entre dos grupos sociales y sancionado por la fuerza de los gobernantes”.

La cuestión es que ese poder debe ser otorgado por el Estado, con lo cual no solo se vuelve al punto de partida, sino que se desconoce que el orden jurídico no se limita al derecho del Estado expresado en una ley, sino que también está el derecho emergente del ejercicio de la autonomía de la voluntad, que deriva, a su vez, de la dignidad de la persona humana, que es su destinatario y centro.

La autonomía de la voluntad es un dato prenормativo que el orden jurídico solo puede reconocer y regular sin suprimirlo o restringirlo de manera tal de hacerlo inoperativo, ya que tiene fuerza jurídica *per se*. Y en este sentido cabe señalar que el destinatario y titular de la autonomía colectiva es el trabajador que actúa en forma colectiva(8). El titular de la libertad sindical es el trabajador(9).

En esta línea, podemos citar una variante, que es la de Goldin, quien sostiene que el convenio colectivo alcanza una calificación de norma imperativa de derecho objetivo, que actúa respecto de la ley en relaciones de complementariedad y suplementariedad(10).

El criterio según el cual las convenciones colectivas de trabajo se transforman en una ley profesional por acto de autoridad fue sostenido por Fayt y Belluscio en el voto en minoría del fallo “Soengas”(11).

IV.3. La convención colectiva de trabajo es un contrato

Esta doctrina ubica a la convención colectiva de trabajo como un contrato en el marco del derecho civil. En este sentido, hace prevalecer el acto causal del acuerdo de voluntades sobre otros elementos específicos del mencionado instrumento.

Ante todo, señalamos que consideramos que las convenciones colectivas de trabajo son una institución de derecho privado, ya que los intereses que definen cada una de las partes son privados,

lo que no obsta a que también se consideren intereses públicos, que pueden ser protegidos por instrumentos de derecho privado(12).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 1956, en el caso “Izurrieta”(13) sostuvo que ni la interpretación de las normas de la ley 14.250 ni el contrato colectivo (así califica a la convención colectiva de trabajo) constituyen cuestión federal a los efectos del recurso extraordinario. Dicha doctrina fue reiterada en el fallo “Sedalana”(14) y en “Reinhardt”(15).

Más aún, como señala Fera(16) en el caso “Nordensthol”(17), la Corte Federal consideró tácitamente que la convención colectiva de trabajo era un contrato al descartar que las convenciones colectivas de trabajo fueran una fuente autónoma de derecho y admitir que “...una ley a condición de haber sido sancionada en consecuencia de la Constitución, puede privar de efecto a una norma convencional”, criterio que fue reiterado por la mayoría de integrantes de la Corte Federal en “Cocchia”(18) y con claridad en el fallo “Soengas”, en el último párrafo del voto de la mayoría.

De esta manera, conforme al criterio de la Corte Federal, la ley 14.250 integra el derecho común. Igual criterio sostiene la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, expresando, además, que las convenciones colectivas de trabajo no tienen categoría de leyes(19).

En este contexto de especie de contrato civil, los autores han tratado de encuadrar a la convención colectiva de trabajo dentro de diversos tipos contractuales.

IV.3.a. La convención colectiva de trabajo como un contrato predispuerto

Quienes se enrolan en esta idea consideran que la convención colectiva de trabajo es un contrato predispuerto que regula las relaciones de un grupo de personas ligadas por la profesionalidad.

Y esta obligatoriedad es triple: de los representantes entre sí (sindicato/empresa); del sindicato con sus representados; y de la empresa con sus trabajadores.

El contrato predispuerto se aplica a todos, rige las relaciones entre ellos y no puede ser modificado en forma unilateral ni bilateral entre la empresa y sus trabajadores o el sindicato y sus representados.

De esta manera, quienes adhieren a este criterio consideran que se trata de una suerte de contrato de adhesión al cual los trabajadores adhieren forzosamente.

En el contrato por adhesión, una parte redacta las estipulaciones del contrato y la otra se limita a aceptarlas o rechazarlas, sin que tenga la posibilidad de modificar el texto predispuerto.

Stiglitz(20) define al contrato de adhesión como “aquel en que la configuración interna del mismo (reglas de autonomía) es dispuesta anticipadamente solo por una de las partes (predisponente, profesional, proveedor, empresario, etc.), de modo que si la otra decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido”.

En este tipo de contratos hay un proponente y un adherente, con desequilibrante fuerza negocial a favor del primero; por ello, en definitiva, es un contrato unilateral, rígido y desequilibrado a favor de una de las partes.

El Código Civil y Comercial contempla dos especies de contratos por adhesión:

— El contrato por adhesión a cláusulas generales predispuertas, definido en el art. 984 del Cód. Civ. y Com., que reza: “El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuertas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”.

No hay un consentimiento negociado, sino una propuesta unilateral a la que la otra parte simplemente presta asentimiento. De ahí que el Código Civil y Comercial contemple un régimen de protección especial para evitar los abusos y el aprovechamiento.

— El contrato de consumo, celebrado entre un consumidor o usuario final que adquiere bienes para su uso privado, familiar o social, a una persona humana o jurídica productora de bienes o prestadora de servicios (art. 1093, Cód. Civ. y Com.). Dada esa oferta unilateral y su aceptación o no por el contratante, el Código Civil y Comercial fulmina las cláusulas abusivas y la información tendenciosa.

Como se advierte, nada de ello sucede en las convenciones colectivas de trabajo, que son el resultado de un proceso de negociación entre fuerzas equilibradas en función de sus poderes negociales, representación colectiva, pisos legales y licitud de las medidas de huelga en los límites legales.

Y si la predisposición se refiere a los trabajadores que deben acatar la convención colectiva de trabajo aunque no estén de acuerdo con ella, solo cabe recordar que los sindicatos son los representantes legales de los trabajadores, en el sentido de que aquella surge de la ley y del acto eleccionario(21).

Krotoschin(22), objetando la idea de las convenciones colectivas de trabajo como una especie de un contrato predispuerto, señala: “...la imposición en el contrato de adhesión (clásico) se hace por parte del más fuerte al más débil, mientras que en el contrato colectivo de trabajo la imposición emanaría de una voluntad común de ambas partes; los dos lados del contrato individual se someterían a las cláusulas previamente (y abstractamente) determinadas, pro-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado egresado de la UCA y magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

(**) Magister en Derecho del Trabajo, UBA.

(1) BO del 12/03/2020.

(2) BO del 20/10/1953.

(3) VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, “El régimen legal de la negociación colectiva, reformada por la Ley de Ordenamiento Laboral (25.877)”, LA LEY, 2004-D, 1449.

(4) GARCÍA MURCIA, Joaquín, “Los convenios colectivos como fuente de la relación laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nro. 68, 2007, ps. 25-50.

(5) DE FERRARI, Francisco, “Lecciones de derecho del trabajo”, FDSC, Montevideo, 1964, t. 4, p. 385.

(6) DE LA CUEVA, Mario, “Cuaderno 7”, Instituto de Derecho del Trabajo Juan B. Alberdi, Universidad Nacional de Tucumán, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, ps. 126 y ss.

(7) DUGUIT, León, “Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón”, Ed. Coyoacán, Ciudad de México, 2007, p. 130.

(8) RAMÍREZ BOSCO, Luis, “La autonomía colectiva ¿es autonomía de quién?”, TYSS 2106/16.

(9) Sobre este tema ver FOGLIA, Ricardo A., “Libertad sindical: ¿derecho individual o colectivo”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, ps. 49 y ss.

(10) GOLDIN, Adrián O., “Concurrencia, articulación y sucesión de normas en el derecho del trabajo (lineamientos para una investigación)”, DT 1986-B, 931, AR/DOC/1039/2005.

(11) CS, 07/08/1990, “Soengas, Héctor R. y otros c. Ferrocarriles Argentinos s/ cobro de haberes”, Fallos 313:664.

(12) KROTOSCHIN, Ernesto, “Instituciones de derecho del trabajo”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1968, p. 286.

(13) CS, 14/12/1956, “Izurrieta, Luis Adolfo c. Falcón Calvo y Cía. SA”, DT 1956-215.

(14) CS, 24/05/1957, “Sedalana Juan Kipp SRL”, Fallos 237:797, DT 1957-761.

(15) CS, 23/09/1959, “Reinhardt, Brunhilde Margarita c. Shell Argentina Ltda.”, Fallos 244:510, DT 1960-31.

(16) FERA, Mario, “Corte Suprema de Justicia de la Nación. Derecho laboral”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 254.

(17) CS, 24/12/1985, “Nordensthol, Gustavo c. Subte-

rráneos de Buenos Aires - Sociedad del Estado s/ despedido”, Fallos 307:326.

(18) CS, 02/12/1993, “Cocchia, Jorge D. c. Estado Nacional y otro s/ acción de amparo”, Fallos 316:2624.

(19) SCBA, 31/11/1976, “Lobos de Ledesma, Amelia”, DT 1977-466.

(20) STIGLITZ, Rubén S., “El contrato por adhesión en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho Privado*, año 2, nro. 4, Ed. Infojus, Buenos Aires, p. 56.

(21) Arts. 4º y ss., y 31, incs. a) y c), ley 23.551.

(22) KROTOSCHIN, Ernesto, “Instituciones de derecho del trabajo”, ob. cit., p. 272.

puestas por las partes del contrato colectivo”.

IV.3.b. La convención colectiva de trabajo como un contrato de mandato

Se ha señalado que el sindicato sería mandatario de los trabajadores y que, en tal carácter, negocia y concluye la convención colectiva de trabajo.

El Código Civil y Comercial define al contrato de mandato en el art. 1319, primera parte, de la siguiente forma: “Hay contrato de mandato cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra”.

En primer lugar, cabe señalar que entre los trabajadores y el sindicato no hay un contrato de mandato, sino que este representa a los trabajadores en función de una representación legal.

El que ejerce la representación legal, u orgánica —y ninguna persona jurídica puede prescindir de ella—, tiene una facultad conferida por la ley para obligar a la sociedad o asociación en todos los actos que hacen a su objeto social. En este caso se trata de la facultad para negociar convenciones colectivas de trabajo [art. 31, incs. a) y c), ley 23.551, y art. 1º, ley 14.250]. Ahora bien, el que ejerce una representación voluntaria o convencional tiene, solamente, las facultades que surjan del poder otorgado.

A ello cabe agregar que el mandato es un acto formal y expreso, lo que no sucede en el supuesto comentado. Más aún, el art. 22 del dec. 467/1988 (23) dice que el sindicato “[p] ara representar los intereses individuales de los trabajadores deberá acreditar el consentimiento por escrito, por parte de los interesados del ejercicio de esa tutela”. Y ello es así porque el sindicato, para las cuestiones colectivas, tiene la representación legal.

Por otra parte, el sindicato actúa en nombre propio, no de los trabajadores, de forma tal que su representación legal es gremial. En cambio, el mandatario actúa en nombre de otro.

Si así no fuera, y como señala Krotoschin (24): “Cada representado, en cualquier momento, podría desautorizar a su representante (corriendo solo el riesgo de la desobediencia frente al sindicato) y de común acuerdo con la contraparte dejar sin efecto lo convenido por aquel, y establecer cláusulas total o parcialmente distintas”.

IV.3.c. La convención colectiva de trabajo como un contrato gestión de negocios

El Código Civil y Comercial regula el instituto como una fuente autónoma de obligaciones y con sus propios efectos, y para los casos no contemplados se recurre supletoriamente a las disposiciones del mandato (art. 1790, Cód. Civ. y Com.).

Dice el art. 1781 del Cód. Civ. y Com. que “[h]ay gestión de negocios cuando una persona asume oficiosamente la gestión de un negocio ajeno por un motivo razonable, sin intención de hacer una liberalidad y sin estar autorizada ni obligada, convencional o legalmente”.

Kemelmajer de Carlucci (25) expresa que “[e]n principio, solo el titular de un bien puede usar, gozar, disponer de él y ejercer los derechos que sobre el mismo recaen. En otros términos, mientras no se viole igual derecho de los demás, el individuo goza de la llamada soberanía privada [...]. El derecho admite la injerencia en el patrimonio de otro en diversas circunstancias, presididas, en general, por la idea de utilidad y solidaridad social [...]. La gestión de negocios nace como pretensión de síntesis de este doble punto de partida —individualista y solidarista— y de la conjugación del interés privado y público; intenta compatibilizar ambos extremos configurando un supuesto de injerencia lícita en la esfera jurídica ajena, cuyo objetivo es la realización de la cooperación jurídica”.

La diferencia con el mandato (26) es que en él hay un contrato que vincula a las partes, es decir, un acuerdo de voluntades entre el mandante y el mandatario, lo que no sucede en la gestión de negocios ajenos, en la que no hay obligación previa de llevar adelante la actividad. Además, el mandato solamente se refiere a actos jurídicos (27), mientras que la gestión de negocios ajenos puede tratarse también de actos materiales.

Además, el gestor de negocios solo queda obligado si ratifica la gestión, si asume las obligaciones del gestor o si aquella es útil (28).

Como se advierte, nada de ello sucede en las convenciones colectivas de trabajo.

IV.3.d. La convención colectiva de trabajo como un contrato nominado con aplicación supletoria de la ley civil

Descartados esos contratos citados, comenzaremos señalando que las cuestiones que han dado lugar a dudas sobre la naturaleza contractual de las convenciones colectivas de trabajo son su obligatoriedad para terceros (fuerza vinculante), la ultraactividad y el efecto de supresión de la ley, que son, en definitiva, sus efectos normativos y obligacionales.

Ahora bien, consideramos que esas cuestiones no resultan determinantes para no encuadrar a las convenciones colectivas de trabajo como un tipo contractual, por cuanto el factor esencial de categorización de las estructuras jurídicas está presente: el acuerdo de voluntades.

Sostener que no encaja en ninguna categoría jurídica existente o que es una nueva categoría por ciertos efectos específicos resulta, a nuestro juicio, innecesario.

La categoría jurídica “contrato” está conceptualizada por el derecho común, al cual se remiten las diversas ramas cuando la utilizan. Así, por ejemplo, cuando la Ley de Contrato de Trabajo se refiere al contrato de trabajo o a la nulidad, la solidaridad o la capacidad, entre otros institutos, está difiriendo los conceptos a las definiciones que de ellos contiene el Código Civil y Comercial.

El orden jurídico sería imposible si cada noma debiera conceptualizar nuevamente cada uno de los institutos que prevé. Y ello es así en atención a que la autonomía relativa de cada rama jurídica no admite una separación absoluta en compartimentos es-

tancos. Este principio cobra relevancia por cuanto las ramas del derecho privado no agotan la regulación jurídica de sus respectivas materias, porque carecen de integralidad, y cuando sus normas no prevén un caso dado es necesario recurrir al derecho civil.

Ello no quita que se refiera a un instituto imponiéndole otra regulación interna diferente a aquel, o bien que lo modifique o introduzca algunos efectos o condiciones específicas dadas las características del ámbito a regular, como por ejemplo sucede en materia de nulidades, pero la definición de nulidad sigue siendo la que prevé el Código Civil y Comercial. Y ello no implica que se trate de un instituto nuevo o desconocido: es el mismo género, pero con especificidades. Y puede suceder también, como pasa con la solidaridad, que la imponga sin modificación alguna, como lo hacen los arts. 29, 29 bis, 30, 225, 227 y 230, LCT. De esta manera, la modificación del derecho civil, para adaptarlo a los derechos especiales, a través de la aplicación analógica, constituye uno de los principales medios o técnicas de que disponen los jueces para completar, perfeccionar y hacer progresar los derechos particulares (29).

El Convenio 98 de la OIT, en su art. 4º, categoriza a las convenciones colectivas de trabajo como *contratos colectivos*.

El Código Civil y Comercial define al contrato en el art. 957 de la siguiente manera: “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

Y, a poco que advirtamos, las convenciones colectivas de trabajo son un acuerdo de partes destinado a regular o modificar relaciones patrimoniales entre las partes. Como señala Rodríguez Mancini (30), “...conviene tener presente que el tema de las convenciones colectivas de trabajo, como pocas instituciones del derecho del trabajo, posee un sustrato económico, operativamente efectivo, pues se trata de un fenómeno que obedece principalmente a leyes económicas”.

Es suficiente para acreditar esa afirmación la relación entre las convenciones colectivas de trabajo y los ingresos de los trabajadores, con la crónica inflación argentina y con la productividad.

Se ha señalado que su alejamiento de la especie contractual se debe a las tres circunstancias que hemos mencionado:

- el efecto *erga omnes*,
- la ultraactividad,
- la supresión de la ley.

Consideramos que ninguno de esos elementos permite apartar a las convenciones colectivas de trabajo de la caracterización como contratos.

(i) Respecto del efecto *erga omnes*, consideramos que el *quid* de la cuestión radica en dos aspectos: la representación de las partes colectivas y la disposición legal.

Esto es, la aptitud de una asociación para negociar una convención colectiva de trabajo determinada y, por ende, acordar con los empleadores las condiciones de trabajo del grupo alcanzado por la representatividad de ambas partes.

La representación, como se viera, es de carácter legal. La ley dice quiénes son los representantes del colectivo de trabajadores; cómo se obtiene y se pierde su ámbito de representación; quiénes son y cómo se designa a los representantes. Y esto vale tanto para los sindicatos (ley 23.551) como para los empleadores (ley 14.250, art. 2º).

Como dice Ramírez Bosco (31), se trata de una extensión de los mecanismos de representación del derecho privado para alcanzar a un colectivo indiscriminado.

Con base en ello se determina cómo se negocia y, como consecuencia de la representación orgánica, el acuerdo subsecuente se aplica a todos los representados de cada grupo, en la medida en que se superen las normas de orden público, que es el piso negocial por imperio legal (arts. 7º y 8º, ley 14.250; y 7º, 8º y 12, LCT).

El Código Civil y Comercial establece, en los arts. 1021 y 1022, como principio general, que los contratos no tienen efectos respecto de terceros, excepto que la ley prevea que sí los tienen (32). Más allá de la distinción entre efectos directos e indirectos (33) y terceros desinteresados o no (34), lo cierto es que el Código Civil y Comercial, en ciertos contratos y por sus especiales características, extiende los efectos de un contrato a terceros. Tal es el caso del contrato de fideicomiso, en el cual el juez puede autorizar al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario a ejercer las acciones que el fiduciario omite llevar adelante sin que medie motivo suficiente (35). También sucede lo mismo en el contrato de medicina prepaga, en el cual el Estado puede imponer al proveedor de servicios obligaciones que no están comprendidas en la contratación original. Así, en ese contrato, cada vez que se incorpora una nueva prestación al Programa Médico Obligatorio (PMO) se imponen obligaciones cuyo cumplimiento puede ser solicitado por cualquier beneficiario de los distintos sistemas de contratación (36). Otro tanto sucede en los contratos educativos de enseñanza privada, en los cuales se establece una relación triangular entre los padres o quienes ejerzan la patria potestad, el establecimiento educativo y el tercero beneficiario: hijo menor (alumno). Dicha estipulación a favor del tercero nace de la voluntad del estipulante (padres), se inserta en un contrato de carácter oneroso que le sirve de base, en donde la prestación hacia el tercero estará a cargo del promitente, y el beneficiario es un tercero ajeno al contrato base entre el estipulante y el promitente (el establecimiento).

Y, en nuestro caso, la ley 14.250, en su art. 4º, expresa que las convenciones colectivas de trabajo homologadas “...rigen respecto de todos los trabajadores de la actividad o de la categoría dentro del ámbito a que estas convenciones se refieran; cuando se trate de un acuerdo destinado a ser aplicado a más de un empleador, alcanzarán a todos los comprendidos en sus particulares ámbitos”. De esta manera, y tal como sucede en el derecho

{ NOTAS }

(23) BO del 22/04/1988.

(24) KROTOSCHIN, Ernesto, “Instituciones de derecho del trabajo”, ob. cit., p. 274.

(25) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La gestión de negocios en la jurisprudencia argentina. Nuevas tendencias doctrinales y los proyectos de reformas unificadores de la legislación civil y comercial”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, t. 6, Rubinzal-Culzoni Edit., 1994.

(26) Arts. 1319 y 1320, Cód. Civ. y Com.

(27) Art. 1319, Cód. Civ. y Com.

(28) Art. 1789, Cód. Civ. y Com.

(29) RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (dir.), “Código Civil y Comercial y su proyección en el derecho del trabajo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 35.

(30) RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, “Rol del convenio en la economía nacional”, DT 1987-A, 827.

(31) RAMÍREZ BOSCO, Luis, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (coord.), “Fuentes del derecho del trabajo”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2013, t. 2, p. 195.

(32) Dice el art. 1021: “Regla general. El contrato solo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley”. El art. 1022 expresa: “Situación de los terceros. El contrato no hace surgir obligaciones a cargo de terceros, ni los terceros tienen derecho a invocarlo para hacer recaer sobre las partes obligaciones que estas no han convenido, excepto disposición legal”.

(33) Sobre este tema ver ORDELLE, José M. R., “Algo más de la compra de inmuebles para terceros”, *Revista*

de Derecho Notarial, nro. 1, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2012, p. 885.

(34) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Teoría de los contratos. Parte general”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1985, t. I, p. 291.

(35) Art. 1689, párr. 2º, Cód. Civ. y Com.

(36) Art. 7º de la ley 26.682.

civil, la ley extendió a terceros el efecto de los contratos colectivos, terceros que tienen, como se viera, una representación orgánica en sus mandatarios legales.

De Ferrari (37) señala que el llamado efecto *erga omnes* es el resultado de una obligación de no hacer que asume el empresario, consistente en no acordar con terceros cláusulas diferentes a las convenidas con un grupo de trabajadores o con la organización que los representa (38).

(ii) En cuanto a la ultraactividad, no hay ninguna disposición del Código Civil y Comercial que prohíba dicha posibilidad. Más aún, el contrato de renta vitalicia dura hasta la muerte de una o más personas humanas (39), o el caso del mandato irrevocable, que puede perdurar hasta después de la muerte (40).

Por ello no hay inconveniente, ni aleja la figura del contrato, en que las partes puedan acordar una vigencia indefinida de la convención colectiva de trabajo o que no lo hagan, conforme lo prevé el art. 6º de la ley 14.250. Más aún, ello será el resultado de lo que acuerden las partes.

(iii) Finalmente, en cuanto al efecto de “supresión de la ley”, también las partes pueden acordar en los derechos disponibles condiciones superiores o incluso diferentes a las previstas en el Código Civil y Comercial. El art. 958, Cód. Civ. y Com., dice: “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”. Tal es el caso de los contratos de consumo, cuyas normas son indisponibles (41).

Lo mismo sucede con las convenciones colectivas de trabajo (42).

Si bien no es una diferencia esencial, la publicación de dichos instrumentos tampoco alejaría a la convención colectiva de trabajo de la figura del contrato. En efecto, hay contratos civiles en los que es necesaria su inscripción en un Registro Público, como es el caso de los contratos de *leasing* (art. 1234, Cód. Civ. y Com.), fideicomiso (art. 1669, Cód. Civ. y Com.) o el supuesto previsto por el art. 1893 del Cód. Civ. y Com.

Con ello queremos señalar que ninguna de esas circunstancias es determinante para excluir a las convenciones colectivas de trabajo como una categoría contractual, como un contrato nominado, ya que está regulado por la ley (43), con particularidades específicas, que en lo esencial son las apuntadas, las que, conforme se viera, son compatibles con el concepto general y las posibilidades de acuerdo de los contratos. Por eso, como dice De Ferrari (44), la convención colectiva de trabajo es un contrato que (si bien el sistema jurídico uruguayo de la época calificó como innominado), en nuestro caso, conforme al Código Civil y Comercial, es nominado.

Por ello, coincidimos con Ramírez Bosco (45) cuando señala que las convenciones

colectivas de trabajo “Son actos de autonomía privada, aunque autonomía privada colectiva, en vez de individual. Son verdaderos contratos...”.

V. La imprevisión como principio general en materia de contratos

El principio de buena fe es rector en el campo del derecho, y en materia de contratos está receptado tanto por el art. 961 del Cód. Civ. y Com. (46) como por el art. 63, LCT (47). También está receptado en materia de negociación colectiva por el art. 4º, inc. a), de la ley 23 546 (48), que dice: “[l]as partes están obligadas a negociar de buena fe...”, deber que es aplicable a ambas partes.

La imprevisión contractual es una aplicación concreta de ese principio, y su finalidad es mantener la equidad y la justicia conmutativa en materia contractual. Es un límite, impuesto por razones de justicia y equidad, a la regla *pacta sunt servanda*, que le impondría al deudor la obligación de cumplir a pesar de haber variado sustancialmente las condiciones en que el contrato se originó, con la particularidad de que esas condiciones tenidas en vista por las partes al momento de celebrar el negocio jurídico son diferentes y le causan a una de las partes una grave desventaja patrimonial, y que dicha parte, en esas condiciones, no hubiera acordado o lo habría hecho de manera radicalmente diferente.

La buena fe exige previsibilidad, en materia contractual, lo cual importa que se contrató bajo ciertas circunstancias que son la base del acuerdo y que estas razonablemente se proyectarán en el tiempo. Cuando sucede un hecho imprevisible y cuya ocurrencia, hipotéticamente, no era posible, la equivalencia de las prestaciones originales se pierde, dejando a una de las partes en una situación de un costo insostenible de cumplir. En estas condiciones, el principio *pacta sunt servanda* debe ceder.

La imprevisión, lesión sobreviniente o excesiva onerosidad nace en el derecho romano, en el *Corpus Iuris* de Justiniano y en el Digesto, y es uno de los pilares rectores del sistema jurídico (49), reglado por el Código Civil y Comercial en el art. 1091.

En este sentido, es dable señalar que no se trata de un problema individual o de un sujeto jurídico determinado, sino que es una cuestión sistémica: el derecho no acepta que mediante el contrato se pueda explotar económicamente a otro, sea el otro trabajador o empleador. Como se advierte, ello no significa alterar el principio del trabajador como sujeto de preferente tutela normativa, sino que esa preferencia no puede ser a costa de sacrificar el principio de la buena fe.

El art. 1091 exige los siguientes requisitos de procedencia:

1º) Alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de celebración del contrato por un hecho posterior a la celebración del contrato.

2º) Que la alteración sea ajena a la parte afectada: “acciones u omisiones de su parte encaminadas a generar esa consecuencia”.

3º) Que el riesgo no haya sido asumido por aquella.

4º) Que esa alteración torne excesivamente onerosa la prestación a cargo de una de las partes. De esta forma, hay una alteración del principio de justicia conmutativa, ya que una de las partes, por el hecho de imprevisión objetiva, no tiene para ofrecer la prestación debida, o tiene menos de lo previsible cuando contrató.

Como ha señalado uno de los coautores de este artículo (50): “Consideramos que la emergencia sanitaria dispuesta por el gobierno a través de múltiples normas, con imposibilidad de concurrir a los lugares de trabajo y con aislamiento y en muchos casos sin la posibilidad de prestar tareas es una circunstancia extraordinaria colectiva y grave que en muchos casos puede tornar excesivamente onerosa la prestación a cargo del empleador. Esta alteración sobreviniente y siempre que el empleador haya sido diligente, habilitaría la aplicación de la teoría de la imprevisión. No se trata de una imposibilidad absoluta, sino de la alteración de las condiciones contractuales cuyo mantenimiento se torna excesivamente oneroso para la ecuación económica de la empresa. En este caso, estamos en presencia de un hecho relativo: la impotencia patrimonial para afrontar la contraprestación a cargo del empleador de los contratos de trabajo. Se ha producido un desequilibrio excesivo entre las prestaciones, en perjuicio de una de las partes. Para estos casos, donde la obligación se tornó de difícil cumplimiento, está el mecanismo de la imprevisión por mayor onerosidad (art. 1091 del Cód. Civ. y Com.). Este hecho ajeno e imprevisible altera la ecuación económica imponiéndole al empleador una onerosidad excesiva y desproporcionada que dificulta el cumplimiento de sus cargas contractuales”.

VI. La teoría de la imprevisión en las convenciones colectivas de trabajo

Cuando se formaliza una convención colectiva de trabajo, esta se inscribe en un marco económico de previsibilidad por un tiempo determinado. Por ejemplo, si se pactan salarios, ello se hace teniendo en cuenta una determinada inflación, y si esta se dispara en algún momento del período, las partes acuerdan modificar ese acuerdo para adecuarlo a la nueva situación. Son frecuentes esas cláusulas de renegociación en los acuerdos salariales, sobre todo en épocas de inflación.

Por ello, y aunque siempre se ha puesto el acento en esos aspectos, cuando se configura una situación de excesiva onerosidad que transforma en desproporcionadas las obligaciones a cargo del empleador —o en insostenible su cumplimiento—, es también de buena fe la renegociación de las condiciones pactadas en la convención colectiva de trabajo, cuando las circunstancias económicas en las cuales se pactó (base del contrato)

variaron sustancialmente por causas ajenas al empleador, con la finalidad de adecuar las convenciones colectivas de trabajo a la nueva realidad económica.

Las convenciones colectivas de trabajo no son pétreas ni en lo absoluto indefinidas, porque se adaptan —esa es su finalidad— a las realidades cambiantes de las relaciones laborales. Y tan es así que una convención colectiva de trabajo puede ser reemplazada por otra posterior en cualquier sentido. La adaptabilidad es uno de los ejes de la convención colectiva de trabajo.

VII. Posibles opciones ante la excesiva onerosidad

El art. 1091 del Cód. Civ. y Com. habilita a aquella parte cuya prestación a su cargo se hubiese tornado excesivamente onerosa, a demandar: (i) la resolución total o parcial del contrato, o (ii) su adecuación. Este último constituye un supuesto de reajuste equitativo de los términos del contrato.

Asimismo, de forma innovadora, la norma también habilita a iniciar la acción o excepción al tercero a quien le han sido conferidos derechos o asignadas obligaciones resultantes del contrato cuestionado. Y decimos que es una innovación, ya que contempla como novedades respecto del art. 1198 del Cód. Civil —ley 340— las siguientes: a) se admite el planteo extrajudicial; b) se habilita el ejercicio de la acción autónoma de adecuación; c) se autoriza la resolución parcial; y d) se asigna al tercero el mismo derecho que a las partes contratantes.

El planteo puede ser hecho en el ámbito extrajudicial o en un proceso judicial y, en este caso, por acción iniciada por el afectado por la excesiva onerosidad, o por medio de una excepción frente a la demanda de cumplimiento iniciada por la contraria.

En el ámbito judicial, el afectado por la excesiva onerosidad puede solicitar el dictado de una medida cautelar a fin de que se suspendan los plazos de cumplimiento de las obligaciones hasta tanto se modifiquen las circunstancias que desnaturalizaron el negocio jurídico.

VII.1. Supuesto de readecuación contractual

Este supuesto constituye una revisión o reajuste del contrato, ya sea para mantener sus cláusulas o para modificarlas.

Este reajuste, en materia de convenciones colectivas de trabajo, es lo que permite la adaptación de sus cláusulas en cuanto estas se hayan tornado, producto de las consecuencias económicas, desproporcionadas para una de las partes, produciendo una ruptura en el equilibrio contractual.

En este sentido, entendemos que, partiendo de la naturaleza jurídica contractual de las convenciones colectivas de trabajo, la revisión únicamente alcanza a las cláusulas económicas que generen una excesiva onerosidad, sin perjuicio de la validez de toda su

{ NOTAS }

(37) DE FERRARI, Francisco, “Lecciones de derecho del trabajo”, ob. cit., ps. 392-393.

(38) Dice el citado autor (DE FERRARI, Francisco, “Lecciones de derecho del trabajo”, ob. cit., p. 393) que ello es común en el campo de los contratos y, en el caso de “...una organización de propietarios de almacenes [que] conviniere con los fabricantes de aceite comestible, vender el producto solamente en un determinado tipo de envase ¿podría decirse que ese convenio es obligatorio para los almaceneros que no forman parte de la organización y quieren el producto envasado de otra manera?”.

(39) Dice el art. 1599, Cód. Civ. y Com.: “Concepto. Contrato oneroso de renta vitalicia es aquel por el cual alguien, a cambio de un capital o de otra prestación men-

surable en dinero, se obliga a pagar una renta en forma periódica a otro, durante la vida de una o más personas humanas ya existentes, designadas en el contrato”.

(40) El art. 1330, Cód. Civ. y Com., expresa: “El mandato puede convenirse expresamente como irrevocable en los casos de los incs. b) y c) del art. 380. El mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante es nulo si no puede valer como disposición de última voluntad”.

(41) Arts. 1092 y ss., Cód. Civ. y Com., y art. 3º de la ley 24.240, modificada por ley 26.361, conforme ley 26.994.

(42) Art. 7º, ley 14.250, y arts. 12, 13 y ceds., LCT.

(43) Dice el art. 970 del Cód. Civ. y Com.: “Contratos

nominados e innominados. Los contratos son nominados e innominados según que la ley los regule especialmente o no. Los contratos innominados están regidos, en el siguiente orden, por: a) la voluntad de las partes; b) las normas generales sobre contratos y obligaciones; c) los usos y prácticas del lugar de celebración; d) las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad”.

(44) DE FERRARI, Francisco, “Lecciones de derecho del trabajo”, ob. cit., p. 394.

(45) RAMÍREZ BOSCO, Luis, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (dir.), *Derecho del trabajo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010, t. 3, p. 112.

(46) Dice: “Buena fe. Los contratos deben celebrarse,

interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”.

(47) “Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo”.

(48) BO del 03/09/2004.

(49) Sobre ella puede verse FOGLIA, Ricardo A., “Sobre la fuerza mayor o la falta o disminución de trabajo no imputable al empleador”, *Abogados.com* del 01/04/2020.

(50) *Ibidem*.

estructura y demás cuestiones reguladas. Esto es, cuando esté cuestionada la eficacia de las cláusulas económicas, se debe realizar un test de confrontación entre las circunstancias existentes al celebrar la convención colectiva de trabajo y las actuales, que transformaron dichas cláusulas en desproporcionadas y excesivamente onerosas. Ello constituye un control de legitimidad y equidad en materia de normas colectivas.

Ahora bien, si el afectado plantea la adecuación de los términos del contrato, la consecuencia principal es que se produce una novación, siempre que sea voluntad de las partes (51).

En lo demás, salvo previsión específica en contrario, entendemos que el reajuste de los términos del contrato no tiene efectos retroactivos, sino únicamente en lo relativo a aquellas circunstancias que desnaturalizaron el negocio jurídico. Es por ello que la readecuación alcanzará solo a las prestaciones que se devengaron a partir de los hechos imprevisibles o inevitables.

Y también puede ser permanente o temporal, si, pasados los hechos que dieron lugar a la adecuación, la situación vuelve al anterior

estado, en cuyo caso retornarían las cláusulas causantes de la distorsión transitoria.

Como se viera, también se puede solicitar una readecuación judicial de las cláusulas que desequilibran la convención colectiva de trabajo tornándola excesivamente onerosa.

VII.2. Supuesto de resolución total o parcial

Como se dijera, la parte perjudicada puede demandar la resolución del contrato cuyo cumplimiento ha devenido excesivamente oneroso, como acción o excepción frente a una acción de cumplimiento por parte del beneficiado.

La demanda de resolución contractual por imprevisión suspende los efectos del contrato. En caso de ser declarada procedente, los efectos de la sentencia se retrotraen a la fecha de su promoción.

Operada la resolución por imprevisión, total o parcial, las prestaciones cumplidas quedan firmes. Resulta de aplicación la teoría del consumo jurídico, por la que, en los contratos de ejecución continuada, la resolución no alcanza los efectos ya cumplidos.

Entendemos que, en nuestra disciplina, la resolución total de la convención colectiva de trabajo no es posible, ya que contiene cláusulas sin impacto económico, como, por ejemplo, las declaraciones de las partes, las obligaciones de conducta, lo referido a salud y seguridad en el trabajo, la forma de uso de las herramientas o elementos de trabajo y la cartelera sindical, para citar algunas usuales. Y la parcial es muy dificultosa, ya que, salvo excepciones, la institución rescindida quedaría vacía de contenido.

VIII. Derecho comparado

En Colombia, el art. 480 del Código Sustantivo del Trabajo admite la aplicación de la teoría de la imprevisión en el derecho colectivo, al permitir la revisión de las convenciones cuando “sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica”.

Jurisprudencialmente, se ha sostenido: “...Cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica, acudiendo a la teoría de la imprevisión, que se fundamenta en el principio *rebus sic stantibus*, es jurídicamente posible, la revisión de una convención para ajustarla a la nueva realidad social, económica y jurídica. En nuestro derecho colectivo del trabajo, tiene plena aplicación la teoría de la imprevisión en la norma del art. 480 del CST, que igualmente es de recibo en las diferentes ramas del derecho, incluyendo el derecho internacional...” (52).

IX. Conclusión

La imprevisión derivada de la excesiva onerosidad es un instituto que tiende a mantener la justicia y la adaptación a las circunstancias económicas imprevisibles y ajenas a la voluntad de las partes. Es una forma de mantener el equilibrio del contrato colectivo.

Es un mecanismo para hacer reinar el principio de buena fe que preside las relaciones jurídicas, y no se advierte la razón, ni hay justificación, para que las convenciones colectivas de trabajo estén fuera del ámbito de actuación de ese principio rector.

Cita on line: AR/DOC/2169/2020

MÁS INFORMACIÓN

Quaglia, Marcelo C. - Raschetti, Franco, “Herramientas jurídicas para la pandemia y la pospandemia: la renegociación del contrato”, LA LEY 06/07/2020, 8, AR/DOC/1829/2020

Trebuq, Francisco J., “Imprevisión: la onerosidad como alteración de valor o costo de la prestación”, RCyS 2020-VII, 3, AR/DOC/1955/2020

Rivera, Julio César, “Los contratos frente a la pandemia”, LA LEY 22/04/2020, 8, AR/DOC/1102/2020

LIBRO RECOMENDADO

Regímenes laborales especiales

Autor: Foglia, Ricardo A

Edición: Tercera, actualizada y ampliada, 2019.

Editorial: La Ley, Buenos Aires

{ NOTAS }

(51) Art. 934, Cód. Civ. y Com.: “La voluntad de novar es requisito esencial de la novación. En caso de duda, se presume que la nueva obligación contraída para cumplir

la anterior no causa su extinción”.

(52) Ver <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-009-94.htm>.



NOTA A FALLO

Impugnación de decreto reglamentario

Atención diaria de hijo con discapacidad. Limitación temporal del permiso. Alteración del espíritu de la ley. Legitimación pasiva.

1.- Con el dictado del dec. 2622/1995 de Tucumán, el Poder Ejecutivo provincial excedió el límite de su potestad reglamentaria, impuesto por su Constitución en el art. 101, inc. 3, puesto que al reglamentar el otorgamiento del permiso a favor del agente público de hasta dos horas diarias para la atención del menor de doce años con discapacidad —art. 3, ley 5806—, el Poder Ejecutivo tenía prohibido, por mandato constitucional, alterar el espíritu de la ley, lo que en el caso

concreto se traduciría en una interdicción de reglamentar la norma de tal manera que se niegue el beneficio, incluso temporalmente, a aquellas personas que la propia ley contempla como beneficiarios. [1]

2.- El ente estatal demandado es el único legitimado e interesado en un proceso cuya pretensión se limita a pedir la declaración de inconstitucionalidad de un decreto que reglamenta los permisos que el empleador debe otorgar a su empleada, toda vez que aquel aplica la norma impugnada; no se advierte que la Provincia integre esos vínculos obligacionales, ni se invoca siquiera que ella haya intervenido o ejercido alguna actividad administrativa tendiente a denegar u otorgar el permiso previsto en el art. 3 de la ley 5806 de Tucumán, y menos aún a sancionar a la

parte actora por la falta de acatamiento a la normativa impugnada.

CContencioso administrativo, Tucumán, sala III, 03/12/2019. - Del C., M. S. c. Sistema Provincial de Salud - SI. PRO. SA.- s/ Amparo.

[Cita on line: AR/JUR/61251/2019]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] La Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Franco, Rubén Oscar y otros”, 19/08/199, Fallos: 322:1868, JA 2000-III, 544; cita online: 20002617, declaró la inconstitucionalidad de varios decretos que habían sido dictados por el Poder Ejecutivo en exceso de sus facultades reglamentarias.

COSTAS

Se imponen al vencido.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara la inconstitucionalidad de una parte del art. 4 del dec. 2622/2014 de Tucumán.

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

Afectación de los derechos de los menores con discapacidad por exceso reglamentario de la Administración

Clementino Colombres Garmendia (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. Los hechos del caso.— III. Análisis jurídico de la cuestión.— IV. Identificación del sector en desventaja.— V. El subprincipio de adecuación de la medida empleada.— VI. Conclusión.

I. Introducción

A través del presente comentario se pretende tratar la temática atinente a las perniciosas limitaciones que, por vía reglamente-

taria, puede ocasionar la Administración en la Provincia de Tucumán, a través del ente autárquico encargado de velar por la salud pública (SIPROSA) (1), a los derechos de los menores con discapacidad.

No podemos desconocer que el Estado, *lato sensu*, en su papel de empleador tiene el derecho y el deber de exigir que sus dependientes (los agentes públicos en general) cumplan con sus obligaciones, entre las que se encuentran la de asistir a sus lugares de trabajo dentro del horario fijado por la reglamentación y de acuerdo con las necesidades del caso.

Sin embargo, esa potestad no puede desconocer situaciones especiales que el ordenamiento jurídico local contempló a favor de los agentes públicos que tienen hijos —como

en el caso que se comenta— o cónyuges con discapacidad. Y es en esto último donde consideramos que resulta menester dirigir especialmente nuestra atención, toda vez que el destinatario de tales beneficios en realidad no es el agente público en sí, sino la persona con discapacidad que este tiene a su cargo.

Es decir, el empleado público que resulta acreedor de la franquicia legal (permiso especial de hasta dos horas diarias para la atención del hijo con discapacidad) no la obtiene para él o para su propio goce, sino para aten-

der a la persona con discapacidad que tiene a su cuidado, ya sea una niña —como en el caso comentado— o un cónyuge.

Por ende, si nuestro ordenamiento jurídico(2), como es sabido, concede una amplia protección y tutela a los niños y en especial a los que tienen alguna discapacidad, en aras de garantizarles un normal y pleno desarrollo, para que de ese modo gocen plenamente del derecho a la vida y a la salud, no resulta posible ni aceptable que por vía reglamentaria se desnaturalicen esos derechos, que es, justamente, lo que sucedió en el caso bajo análisis, aunque el tribunal no lo exprese en esos términos.

II. Los hechos del caso

Habiendo sido efectuada la introducción que antecede debemos señalar que los hechos que originaron la decisión que se comenta y que emana de la sala III de la Excma. Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán (sent. 774, del 03/12/2019, recaída en los autos “Del C., M. S. c. Sistema Provincial de Salud —SIPROSA— s/ amparo”, acaecieron en el marco de la relación de empleo público que une a la amparista y al ente demandado.

Dentro del marco de la función pública la demandante, como empleada del SIPROSA y en su condición de beneficiaria de las disposiciones de la ley 5806(3), accionó en contra de dicho ente, a fin de que se declarara la inconstitucionalidad del art. 4º del dec. 2622, del 26/10/1995(4), por cuanto este dejó de otorgarle el permiso especial de dos horas diarias previsto en el art. 3º de la citada norma, para atender a su hija menor de edad (persona con discapacidad), invocando como fundamento de tal proceder lo dispuesto por el decreto reglamentario de aquella.

Adujo concretamente que hasta el mes de mayo de 2019 venía gozando desde el nacimiento de su hija (hace más de 10 años) del beneficio legal y por ello ingresaba a prestar funciones a las 14 h hasta las 19 h, en lugar de a las 13, como lo hace el resto del personal. Agrega que dicha situación varió sustancialmente a partir del mes de junio de ese año cuando su empleador, invocando el acto cuestionado, la obligó a ingresar a su trabajo a las 13 h.

Alegó —y además demostró— que esa variación en la relación de empleo público se configuró un mes después de que el SIPROSA la notificara de la circular interna

12/2018 “que refiere a la ley 5806 de Discapacidad y su reglamentación, dec. 2622/1995”. Destacó que mediante el reclamo administrativo 3924-DC-2019 solicitó que se dejara sin efecto la circular y que aquel no fue resuelto por el demandado hasta la fecha de deducción de su planteo.

El SIPROSA reconoció la relación de empleo público que la une con la amparista y no negó que tenga una menor con discapacidad a su cargo. Como fundamento para rechazar la demanda incoada en su contra alegó que no es el órgano emisor del decreto reglamentario, sino que este fue dictado por el Poder Ejecutivo, que la actora estaba obligada a cumplir con la ley vigente y que, como ente estatal, se encuentra obligado a cumplir y a aplicar la ley vigente en virtud del principio de legalidad.

III. Análisis jurídico de la cuestión

El tribunal luego de pronunciarse sobre la admisibilidad de la vía procesal escogida por la amparista ingresa de lleno al análisis de la cuestión constitucional planteada y advierte desde el principio que existe una clara disonancia entre el decreto y la Constitución de la Provincia de Tucumán, por cuanto el primero incurre en un exceso reglamentario.

Para decidir de ese modo tuvo en cuenta, como principio general, que la Carta Magna local —al igual que la Constitución Nacional— le veda al Poder Ejecutivo ejercer la potestad de reglamentar las leyes que ella misma le reconoce, si es que de ese modo altera su espíritu con excepciones reglamentarias(5).

Luego de citar doctrina constitucional y administrativa, además de calificada jurisprudencia sobre la materia que consagra esa regla, la Cámara considera que es en la última parte del art. 4º del dec. 2622/2014 donde reside el agravio principal de la actora, por cuanto dicha disposición limita el permiso que la norma consagra, a un máximo de tres meses por bienio o, lo que es lo mismo, a un mes y medio por año.

Después de enfatizar que el demandado justificó la quita del permiso en la causal prevista por el acto impugnado, y no en otra, el tribunal considera que el Poder Ejecutivo provincial excedió el límite de su potestad reglamentaria, puesto que al reglamentar el otorgamiento del permiso a favor del agente público de hasta dos horas diarias para la atención del menor de doce años con disca-

pacidad lo que hizo —en realidad— fue vulnerar la interdicción de alterar el espíritu de la ley, ya que se le estaría negando el beneficio a aquellos agentes, como es el caso de la actora, que superen el tope máximo previsto por la reglamentación.

O dicho en términos más claros, y según destaca la sentencia, si aplicáramos estrictamente el decreto reglamentario la actora no podría volver a gozar del beneficio durante los dos años siguientes (puesto que su hija al momento de la decisión tenía 10 años de edad), cuando en puridad, de la letra del art. 3º de la ley no surge ninguna limitación —salvo la de los doce años de edad del menor— para su goce, ni tampoco que el mismo deba ser gozado durante determinados intervalos de tiempo. Por el contrario, se destaca que la misma norma dispone en su art. 4º que el beneficio no podrá ser retaceado ni interrumpido por ninguna causa, ni siquiera por razones de servicio.

El tribunal realiza un análisis práctico del caso para concluir que el decreto cuestionado desnaturaliza el beneficio previsto en la ley, toda vez que si se plantea la cuestión en términos numéricos es fácil colegir según la letra de la ley si la agente usa el permiso desde que la menor nace hasta que cumple los doce años, lo gozaría durante 144 meses (12 meses durante 12 años), en cambio, si se aplica el decreto reglamentario, la empleada solo tendría el permiso durante 18 meses (1 mes y medio por 12 años). De esa manera resulta evidente la desproporción entre uno y otro régimen, en perjuicio de la agente y por ende de su hija con discapacidad.

Por los motivos antes expuestos la Cámara hizo lugar a la acción de amparo promovida en contra del SIPROSA y declaró la inconstitucionalidad de la última parte del art. 4º del dec. 2622/2014; en cuanto dispone que los agentes públicos “solo podrán optar por el permiso en un máximo de tres meses por bienio”, y dejó debidamente aclarado que resultaba inoficioso pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la circular interna 12/DGRS, mediante la cual se había comunicado su aplicación a la amparista.

IV. Identificación del sector en desventaja

Más allá del indudable acierto del fallo comentado al declarar inconstitucional para el caso concreto el art. 4º *in fine* del reglamento de ejecución cuestionado, porque —en resúmenes cuentas— claramente desnaturaliza el espíritu de la ley reglamentada al limitar

desproporcionadamente el beneficio que ella misma había consagrado a favor del agente público que tiene un hijo menor de doce años con discapacidad, lo que se considera digno de destacar por medio de este breve trabajo es que de ese modo, aunque el fallo no lo diga con todas las letras, se protege la parte más vulnerable que no es el agente público sino el menor con discapacidad que está a su cargo.

En tal sentido es útil recordar que, en virtud del principio de juridicidad, el control de constitucionalidad y de convencionalidad no debe ser hecho solo por el Poder Judicial sino también por la misma administración antes de la emisión del acto que pueda vulnerar garantías constitucionales o convencionales.

Es decir, el control de juridicidad del acto administrativo reglamentario —en este caso— debería haber sido efectuado previamente por el Poder Ejecutivo al reglamentar la norma y luego por el SIPROSA al comunicar su aplicación por medio de la circular interna; para evitar así conculcar la situación de la niña, portadora de una discapacidad, que tiene el derecho a gozar de la más amplia tutela por parte de sus progenitores, conforme lo dispone la Convención sobre los Derechos del Niño(6).

En efecto, calificada doctrina sobre la materia(7) enseña: “Compartimos la visión de aquellos autores que propugnan la reformulación del principio de legalidad a partir de la reformulación de un concepto más integral como el de juridicidad. Si la juridicidad se encuentra atravesada por el deber estatal de aplicación espontánea de las garantías fundamentales de la persona, ello significa que ese principio incluye —como rasgo característico del art. 75, inc. 22, de la Carta— *el deber de todos los órganos internos de someterse a las reglas de los tratados internacionales constitucionalizados* por nuestro país en el modo en que estos efectivamente rigen en el ámbito internacional y considerando particularmente su aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes. El acto administrativo unilateral, ejecutivo, ejecutorio —frente al cual la única garantía de control es el acceso ulterior al juez— debe dar paso al acto administrativo resultante de una exposición eficaz de todos los elementos en juego, del aporte de los afectados, de la consideración de los derechos en conflicto a partir de criterios de proporcionalidad —en especial en materia de gasto público— *de la identificación de los sectores en desventaja*, de la publicidad del

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado (año 2000, UNT) y cursante de la carrera de posgrado de Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la UNT (7ª cohorte); secretario relator de la sala II de la CCont. Adm. de Tucumán.

(1) Por ley 5652 (BO del 26/09/1984) se creó el Sistema Provincial de Salud (SIPROSA) con el fin de encargarse de la organización y del gobierno de la salud de la provincia (cfr. arts. 1º y 3º).

(2) La Constitución de la Provincia de Tucumán dispone en su art. 40, incs. 1º, 4º y 5º, que “Dentro de la esfera de sus atribuciones, la Provincia procurará especialmente que las personas gocen de los siguientes derechos: A una existencia digna desde la concepción con la debida protección del Estado a su integridad psicofísica con la posibilidad de disponer de una igualdad en las oportunidades. Los niños y los jóvenes serán objeto de una protección especial del Estado en forma de favorecer su normal desenvolvimiento, su desarrollo físico y cultural, asegurándoles iguales oportunidades para su desarrollo sin discriminación de ninguna naturaleza. Los huérfanos y los niños abandonados serán debidamente protegidos mediante una legislación especial. Los discapacitados tendrán por parte del Estado la necesaria protección a fin de asegurar su rehabilitación promoviendo su incorporación a las actividades laborales en función de su capacidad, sin discriminación alguna.

Art. 146.— El Estado reconoce la salud como derecho fundamental de la persona. Le compete el cuidado de la salud física, mental y social de las personas... Se dará especial protección a las personas con discapacidad y se asegurará la prestación de atención médica, de servicios de rehabilitación y de apoyo. Se deberán diseñar programas de protección integral de los discapacitados, para que el entorno físico sea accesible y para asegurar su plena integración e igualdad de oportunidades.

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley 23.849 (BO del 22/10/1990), prevé en su art. 3º, incs. 1º, 2º y 3º, que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una

supervisión adecuada. A su vez el art. 4º de esa Convención establece que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

En concordancia con ese marco normativo la Carta Magna local expresamente dispone que “Los derechos y garantías consagrados en los Pactos y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos son operativos” (cfr. art. 24).

(3) Mediante la ley 5806 (BO del 28/11/1986) se reconoce a los agentes de la Administración Pública, incluidos los entes autárquicos, además del derecho a gozar de una licencia por hijo o cónyuge discapacitado y a percibir una asignación especial destinada a su tratamiento (cfr. arts. 1º y 2º) un permiso especial de hasta dos horas diarias para la atención de los mismos en el caso de que el discapacitado sea menor de 12 años (cfr. art. 3º), aclarándose que el otorgamiento de todos esos beneficios no podrán postergarse ni interrumpirse por ninguna causa, ni siquiera por razones de servicio (cfr. art. 4º).

(4) Establece que “Se otorgará el permiso previsto en el art. 3º de la ley a los agentes que acrediten en forma fehaciente tener a su exclusivo cargo y cuidado la atención

de o los hijos discapacitados. Salvo las previsiones del art. 7º de la ley, solo podrán optar por este permiso los agentes que tuvieren una jornada laboral de seis [6] horas como mínimo y en máximo de tres [3] meses por bienio”.

(5) El art. 101.3 de la Const. Tucumán, en consonancia con el art. 99.2 de la CN, dispone que “El Gobernador es el Jefe de la Administración Provincial y tiene las siguientes atribuciones y deberes: Expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes, no pudiendo alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”.

(6) El art. 23.2 dispone que “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él”.

El art. 27.2 establece que “A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”.

(7) GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Á., “Administración Pública, juridicidad y derechos humanos”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 84-103.

proceso de discusión, del control de lo decidido”.

Con acierto se ha dicho que “Por ello, en lugar de requisitos de legitimidad del acto administrativo debemos hablar de requisitos de juridicidad y consecuentemente de control de juridicidad: su razón es que la terminología actualmente en uso legitimidad o legalidad podría entenderse *prima facie* demasiado apegada a la ley, olvidando de tal forma que la administración moderna debe someterse a un contexto mucho más amplio. De tal manera también son elementos que hacen a la juridicidad del acto, la buena fe, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, el precedente; y sus vicios, la desviación de poder, la falsedad en los hechos, la ilogicidad manifiesta, el error manifiesto de apreciación, la arbitrariedad, la irrazonabilidad, entre otros” (8).

En consonancia con lo antes expuesto, consideramos que el Poder Ejecutivo en este caso, antes de reglamentar la norma, debería haber efectuado un control previo de adecuación de la medida utilizada que habría evitado el exceso reglamentario advertido por el tribunal, ya que saltaba a la vista el evidente retaceo en perjuicio de la amparista —y, por ende, de la niña a su cargo— del beneficio previsto por la ley luego de su reglamentación.

V. El subprincipio de adecuación de la medida empleada

Este tema tiene que ver con un subprincipio que debe guiar el procedimiento administrativo, tanto para la emisión de actos de alcance individual como para los de alcance general como el que acá se analiza, y que se conoce como el de adecuación que, a su vez, se relaciona con la finalidad perseguida por el acto.

A través de la mentada adecuación se debe “Indagar si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de aquella finalidad compatible con la convención. El subprincipio de adecuación impone, de esa manera, que la norma regulatoria del derecho fundamental facilite o permita alcanzar el fin que se busca mediante su dictado. Debemos conocer el fin que procura obtenerse y el medio que se emplea para ello y luego interrogarnos sobre la aptitud de este último para el logro del primero. Tanto la Corte Interamericana como la Europea han recurrido sistemáticamente a este examen, señalando que ‘la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo’, por lo que el factor central a dilucidar en este caso será que la medida implementada sea capaz de alcanzar el resultado propuesto. Si esa capacidad no se acredita, por cuanto se concluye que no es posible obtener el propósito buscado a través de aquella, adolecerá de un defecto de proporcionalidad por falta de adecuación” (9).

Pues bien, aplicando tales conceptos al caso de autos, la pregunta que cabe formularse resulta obvia: ¿Guarda proporción la limitación reglamentaria con la finalidad perseguida por la norma?

A primera vista consideramos que a tal interrogante se impone una respuesta negativa. Ello es así, desde nuestra perspectiva, porque, aunque la ley fue sancionada el 28/11/1986, es decir, antes de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención sobre los Derechos del Niño, claramente tiene una finalidad tuitiva o protectora hacia el agente público que tiene un hijo con discapacidad.

Hasta tal punto llega la protección que el legislador local quiso darle a ese sector vulnerable de la población que le reconoció al agente público una licencia por tratamiento dentro y fuera de la provincia (cfr. art. 1º, incs. 1º y 2º), una asignación especial para hacer frente a ese trance (cfr. art. 2º, incs. 1º y 2º) y completó esa protección con un permiso especial de hasta dos horas diarias para la atención del hijo con discapacidad menor de doce años (cfr. art. 3º).

De manera que de un simple análisis de la norma reglada se desprende que ella contiene dos limitaciones elementales —para el caso bajo análisis— que podrían ser enumeradas a los fines didácticos de la siguiente manera: 1) que el agente público tenga un hijo/a con discapacidad a su cargo, y 2) que sea menor de doce años. No hay otra limitación o exigencia legal más que las antes señaladas para que el agente que reúna tales condiciones goce de los beneficios allí previstos.

Lo que hace el decreto reglamentario es justamente lo que la norma constitucional local en consonancia con la nacional (arts. 101.3 y 99.2 respectivamente) prohíbe, pues altera el espíritu de la ley al introducir una nueva exigencia no prevista en ella, que en el caso comentado viene dada por la imposición de un tope al permiso al fijarlo en un máximo de tres meses por bienio.

Y el antedicho vicio del exceso reglamentario en el que incurrió el Poder Ejecutivo se ve agravado en este caso por el accionar del SIPROSA, que después de más de diez años de que la agente venía gozando del permiso especial —sin brindar ninguna explicación— decide intempestivamente aplicar la mentada reglamentación a través de una circular interna.

Coincidimos con la sentencia en cuanto a que el acto lesivo de los derechos de la amparista, y en especial de su hija con discapacidad, es el decreto reglamentario y que por eso la declaración de inconstitucionalidad comprende solamente la última parte de su art. 4º; sin embargo, estimamos que el ente

autárquico perfectamente podría haber obviado su aplicación para el caso concreto en atención a su dudosa constitucionalidad y convencionalidad por los motivos antes expuestos —sobre todo, porque afectaba derechos de la niña con discapacidad— y con mayor razón aún si durante un decenio la agente venía gozando del beneficio sin la antedicha limitación y le restaban solo dos años para que este cesara (recordemos que la norma prevé el permiso especial hasta que el menor cumpla los doce años de edad).

VI. Conclusión

A modo de colofón podríamos decir que la deducción de la acción de amparo que originó el pronunciamiento que motiva este comentario se podría haber evitado si la Administración hubiese respetado la garantía de la tutela administrativa efectiva, toda vez que la actora antes de deducir su planteo había iniciado un reclamo administrativo tendiente a que se dejara sin efecto la circular que aplicaba la reglamentación.

Esta tutela administrativa efectiva conlleva, tanto en la etapa de formación de la decisión administrativa como en la faz impugnatoria y previa a la instancia judicial, la posibilidad de ocurrir útilmente ante las autoridades administrativas competentes. Consagra el derecho del particular a obtener un pronunciamiento en sede administrativa y, por ende, la obligación de la Administración de resolver por medio de decisiones —actos administrativos— dictada previo tránsito por un procedimiento administrativo conducido en legal forma (10).

La antedicha tutela no es otra cosa más que la materialización del rol preventivo de la Administración Pública antes de la emisión de una decisión reglamentaria que, si se hubiese cumplido, habría evitado la afectación de derechos y garantías constitucionales y convencionales de sujetos considerados vulnerables —como los menores con discapacidad— por la ley.

Cita online: AR/DOC/772/2020

{ NOTAS }

(8) Cfr. SESIN, Domingo J., “Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 20 y ss.

(9) Cfr. GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Á., ob.

cit., p. 94.

(10) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “Los grandes principios del Derecho Público, Constitucional y Administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 430.



JURISPRUDENCIA

Protección del ambiente

Revocación arbitraria de medidas cautelares. Incumplimiento de la evaluación de impacto ambiental. Residuos potencialmente peligrosos. Recurso hídrico.

1.- El levantamiento de la medida cautelar que fue dispuesta para prevenir un daño ambiental fue arbitrario, pues el juzgador omitió considerar que del texto de la disp. 1743/2015 (OPDS) se desprendería que la empresa demandada aún no había cumplido con la presentación del estudio de impacto ambiental; y que a ese fin el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible le había otorgado un plazo de treinta días corridos a partir de la fecha de la notificación; así como también que los residuos vertidos fueron estimados como peligrosos en diversas pericias.

2.- En el particular ámbito de las demandas encuadradas en las prescripciones de la Ley General del Ambiente, la interpretación de la doctrina judicial debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el art. 4º de esa ley introduce en la materia los principios

de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles.

CS, 02/07/2020. - Asociación Civil Protección Ambiental del Río Paraná Ctról. Contam. y Restauración del Hábitat y otro c. Carboquímica del Paraná S.A. y otro s/ incidente de medida cautelar.

[Cita on line: AR/JUR/21714/2020]

Buenos Aires, julio 2 de 2020.

Considerando: 1º) Que a fs. 363/374 de los autos principales, la Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, al revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, resolvió en cuanto al caso interesa, dejar sin efecto la medida cautelar mediante la cual se había dispuesto la suspensión de la actividad industrial de la empresa “Carboquímica del Paraná SA”, demandada —junto con el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS) y Siderar SAIC— en el amparo iniciado por la asociación actora a fin de solicitar el cese y recomposición o indemnización sustitutiva del daño ambiental, causado por emanaciones de efluentes gaseosos y líquidos vertidos sobre el río Paraná, así como por el enterramiento de residuos peligrosos.

Los hechos expuestos también dieron lugar —según surge de la sentencia— a la causa penal identificada como FRO 13.943/2014, cuyo legajo de copias certificadas corre como agregado al presente.

Para decidir del modo en que lo hizo, el tribunal *a quo* consideró que si bien la medida cautelar dictada por el juez de grado no podía ser tachada de ilegítima en virtud del principio precautorio previsto en el art. 4º de la ley 25.675, tampoco debía olvidarse la situación puntual de autos, toda vez que el cese provisorio de la actividad podría ocasionar a la demandada un perjuicio de imposible o muy difícil reparación ulterior.

Consideró que tanto de las actuaciones administrativas, como de la causa penal FRO 13.943/2014, se desprendería que, en razón de la detección de ciertos incumplimientos de la normativa ambiental, el OPDS había dispuesto la clausura preventiva total del establecimiento y prohibido la generación de residuos de cualquier tipo (disposición 1907/2014). Y destacó que, luego de realizadas determinadas tareas, según las pautas de saneamiento establecidas con motivo de la clausura, el mencionado organismo ordenó su levantamiento (disposición 1743/2015).

Sobre la base de lo expuesto, el *a quo* valoró que el organismo competente en la materia había tenido una participación activa des-

pués de realizada la denuncia penal, y concluyó que la pretensión cautelar “carecería de sustento al tiempo de su dictado”. Por otra parte, señaló que la actora no había acreditado que fuesen falsas o infructíferas las medidas tomadas por la demandada.

En cuanto al peligro en la demora en la concreción del daño al ambiente, la cámara sostuvo que este había quedado desvirtuado ante la realización —bajo la dirección del organismo de contralor— de las tareas de saneamiento antes mencionadas.

Finalmente, tuvo en cuenta el perjuicio que el cese de la actividad podría traer aparejado al personal de la empresa.

2º) Que contra tal pronunciamiento, la actora interpuso recurso extraordinario, cuya denegación (fs. 426/426 vta.) dio origen a la queja bajo examen.

La recurrente se agravia, porque entiende que, al resolver del modo en que lo hizo, la Cámara omitió considerar que en el expediente quedó demostrado que la demandada utiliza, en su proceso industrial, alquitrán de hulla como insumo principal, y que este es un subproducto de la industria siderúrgica, en cuyo proceso de destilado se generan residuos altamente concentrados y tóxicos, riesgosos para el medio ambiente y para la salud de la población.

Señala que el tribunal *a quo* tampoco tuvo en cuenta que la Gendarmería Nacional —a través de la constatación del día 30 de noviembre de 2016 obrante en el expediente— advirtió sobre las deficiencias de las instalaciones y sobre el posible daño ambiental ante su puesta en funcionamiento.

Sostiene que, al concluir que el simple levantamiento de la clausura dictado por el Director de Controladores del OPDS era suficiente para el levantamiento de la medida cautelar y, en consecuencia, equivalente a la Declaración de Impacto Ambiental prevista en el art. 11 de la ley 25.675, desconoció la normativa aplicable, en tanto dicho artículo establece tal requisito, como presupuesto mínimo de orden público para el ejercicio de una actividad como la de autos. En este sentido, indica que la ausencia de tal declaración fue señalada por el juez de primera instancia al otorgar la medida cautelar, que la empresa demandada no cuenta aún con dicho instrumento y que tampoco obra en autos documento alguno que cumpla con las previsiones del art. 13 de la ley 25.675, que regula el contenido de la evaluación de impacto ambiental.

Advierte que la Cámara dispuso levantar la medida cautelar en cuestión sobre la base de un acto administrativo del OPDS, sin considerar que su sola lectura llevaba a concluir que el Estudio de Impacto Ambiental no había sido presentado por “Carboquímica del Paraná SA”. Según afirma, tampoco valoró que dicho organismo es codemandado en autos, en el carácter de responsable del daño ambiental invocado.

En tales condiciones, alega que la decisión apelada atenta contra el art. 41 de la Constitución Nacional y torna ilusorios los principios de orden público de precaución y de prevención previstos en el art. 4º de la ley 25.675, al privilegiar el interés particular por sobre el interés colectivo, y concluye que es una sentencia arbitraria, pues, mediante afirmaciones dogmáticas, prescinde de la legislación aplicable y omite valorar pruebas trascendentes para la resolución del caso.

3º) Que, en primer término, cabe recordar que las resoluciones que se refieren a medidas cautelares, ya sea que las ordenen, modifiquen o extingan, no autorizan el otorgamiento del recurso extraordinario ya que no revisten —como regla— el carácter de sentencias definitivas, principio que —en casos como el presente— admite excepción cuando la medida dispuesta es susceptible de producir un agravio al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior (Fallos: 339:142).

En ese sentido, no puede dejar de señalarse que en el particular ámbito de las demandas encuadradas en las prescripciones de la Ley General del Ambiente, la interpretación de la doctrina precedentemente enunciada debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el art. 4º de esa ley introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles (Fallos: 339:142; 340:1193).

Es a la luz de estos principios que debe interpretarse el último párrafo del art. 32 de la Ley General del Ambiente en cuanto en él se dispone que en cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, que el juez también podrá disponer sin petición de parte, aun sin audiencia de la parte contraria, prestándose debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse (Fallos: 339:142).

4º) Que las referidas circunstancias excepcionales se verifican en el *sub lite* y, además, los agravios de la quejosa suscitan cuestión federal suficiente para habilitar la vía extraordinaria, toda vez que lo resuelto no constituye derivación razonada del derecho vigente con particular y pormenorizada aplicación a las circunstancias de la causa.

En efecto, al conceder la medida cautelar solicitada por la actora, el juez de primera instancia dispuso “la suspensión de toda actividad industrial de la empresa ‘Carboquímica del Paraná SA’ hasta tanto no exhiba u obtenga la pertinente autorización administrativa de OPDS, Autoridad de Agua, Dirección de Residuos Especiales y el predio industrial y sus alrededores comiencen a ser saneados...” (fs. 197/198), y para revocar dicha decisión, la Cámara se limitó a citar los considerandos de la disposición 1743/2015, mediante la cual el OPDS —codemandado en autos— dispuso el levantamiento de la clausura del establecimiento industrial (v. copia de la disposición 1743/2015 a fs. 220 y siguientes de los autos principales y a fs. 1301/1303 del legajo de copias certificadas de la causa penal FRO 13.943/2014, solicitada *ad effectum videndi* a fs. 358/359, que corre agregado al presente), según los cuales “Carboquímica del Paraná SA” había cumplido con los puntos requeridos en los sucesivos actos administrativos de autorización temporaria (fs. 19/19 vta.).

De ese modo, el tribunal *a quo* omitió considerar que del texto de la disposición 1743/2015 se desprendería que la empresa demandada aún no había cumplido con la presentación del estudio de impacto ambiental, y que a ese fin el OPDS le había otorgado un plazo de treinta días corridos a partir de la fecha de la notificación (fs. 220/221 de los autos principales).

En este punto cabe recordar que la Ley General del Ambiente 25.675 exige el cumplimiento del procedimiento de impacto ambiental con carácter previo a la ejecución de “toda obra o actividad que en el territorio de la Nación sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, de forma significativa” (arts. 11, 12 y 13 y Fallos: 339:201).

En el mismo sentido, la ley provincial 11.723 establece que “todos los proyectos consistentes en la realización de obras o actividades que produzcan o sean susceptibles de producir algún efecto negativo al ambiente de la Provincia de Buenos Aires y/o sus recursos naturales, deberán obtener una Declaración de Impacto Ambiental expedida por la autoridad ambiental provincial o municipal según las categorías que establezca la reglamentación de acuerdo a la enumeración enunciativa

incorporada en el anexo II de la presente ley” (art. 10).

En el anexo II de la citada norma provincial se incluye a los establecimientos industriales clasificados en la tercera categoría en los términos del art. 15 de la ley local 11.459 de Radicación Industrial, que contempla a aquellos “que se consideren peligrosos porque su funcionamiento constituye un riesgo para la seguridad, salubridad e higiene de la población u ocasiona daños graves a los bienes y al medio ambiente”.

De acuerdo con el certificado emitido por la Dirección Provincial de Evaluación y Recursos Naturales que, en copia, obra a fs. 683 de la causa FRO 13.943/2014 (v. legajo de copias certificadas que corre agregado al presente), esta condición es cumplida por la actora, circunstancia que tampoco fue valorada por la Cámara.

5º) Que el tribunal *a quo* no consideró, concretamente, que de la causa penal que tuvo a la vista (fs. 427) y cuyo legajo de copias certificadas corre agregado a la presente, surge que la empresa demandada produce —mediante la destilación de alquitrán de hulla (fs. 683)— sustancias que en algunos casos son calificadas como “sometidas a control” por la Ley de Residuos Peligrosos 24.051 (v. puntos Y11 e Y39 del Anexo I de la ley y las constancias de la causa penal, especialmente, el informe del Instituto Nacional de Tecnología Industrial a fs. 688, el informe del Centro Nacional de Intoxicaciones - Servicio de Toxicología del Hospital Nacional Alejandro Posadas a fs. 865, el informe de laboratorio elaborado por el Centro de Investigaciones del Medio Ambiente del Departamento de Química de la Facultad de Ciencias Exactas de la Universidad de La Plata a fs. 1208/1209; y la prueba testimonial obrante a fs. 1350/1351).

Tampoco tuvo en cuenta el tribunal que de los informes técnicos elaborados por el Departamento de Delitos Ambientales - División Operaciones de la Policía Federal Argentina, que obran en dicha causa penal, surge que la empresa presentaba irregularidades ambientales y que la tierra estaba mezclada con alquitrán, brea o derivados del petróleo (v. informes técnicos 36/14 y 202/2014, obrantes a fs. 263/275 y 308/336, respectivamente). Del mismo modo, omitió considerar que las muestras de residuos sólidos y líquidos oportunamente obtenidas del predio industrial y de los lindantes por el mencionado cuerpo (fs. 338/348 y 378/380) fueron examinadas por el Centro de Investigaciones Medio Ambientales (CIMA) de la Universidad de La Plata, y que este confirmó la presencia en ellas de residuos que podrían resultar peligrosos (v. fs. 1208/1209 y 688).

6º) Que al omitir toda referencia a la prueba aludida, el tribunal no realizó el juicio de ponderación al que obliga la aplicación del principio precautorio, según el cual, cuando haya peligro de daño grave e irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del ambiente.

7º) Que en nada modifica estas conclusiones la presentación de la demandada obran-

te a fs. 96/100 del recurso directo, mediante la cual acompaña una copia del “Certificado de Aptitud Ambiental”, otorgado por el Coordinador Ejecutivo de Fiscalización Ambiental del OPDS. Ello es así, pues de su lectura se desprende que tal instrumento fue otorgado en forma condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos, circunstancia que demuestra la existencia —al momento de su emisión— de una serie de observaciones, cuyo cumplimiento la demandada no ha acreditado con posterioridad y, en consecuencia, la subsistencia del peligro en la demora.

En este sentido, es importante señalar que del mencionado certificado surge que el OPDS: a) permitió a la empresa demandada tratar los efluentes líquidos como residuos líquidos “hasta la aprobación por parte de la ADA” (v. fs. 97 vta.), lo que implica el reconocimiento del organismo demandado de que “Carboquímica del Paraná SA” no contaba con el permiso de la Autoridad del Agua (v. art. 104 de la ley provincial 12.257); b) admitió la existencia de tanques soterrados de almacenamiento de hidrocarburos, y concedió un plazo para su cegado (v. fs. 97 vta.); c) asumió la existencia de residuos especiales generados por la actividad de la empresa demandada, y estableció que ésta deberá adecuarse a lo normado por el decreto 806/1997, reglamentario de la ley 11.720 de “Generación, manipulación, almacenamiento, transporte, tratamiento y disposición final de residuos especiales” y que “...las características de los depósitos de materias primas e insumos, incluyendo sistemas de contención de derrames, deberán ser las adecuadas de acuerdo al tipo de sustancias almacenadas...” (v. fs. 98), lo cual permite concluir que las instalaciones no eran las adecuadas para este tipo de residuos.

8º) Que, en tales condiciones, lo resuelto por la Cámara no constituye una derivación razonada del derecho vigente, con arreglo a las constancias de la causa y, en consecuencia, afecta de modo directo e inmediato el derecho al debido proceso adjetivo (art. 18 de la Constitución Nacional). Por tal motivo, corresponde su descalificación como acto jurisdiccional en los términos de la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias.

Que el juez *Lorenzetti* suscribe la presente en la localidad de Rafaela, Provincia de Santa Fe, y el juez *Rosatti* lo hace en la localidad de Santa Fe, provincia homónima, en virtud de las medidas de aislamiento social preventivas dispuestas por las autoridades nacionales.

Por ello, en atención al estado de las presentes actuaciones se resuelve: 1) Habilitar días y horas inhábiles del día de la fecha exclusivamente a los fines del dictado de la presente sentencia. 2) Concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal ante esta Corte, hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan C. Maqueda*. — *Horacio Rosatti*.