

Aportes de la Comisión Provincial por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires, al LIBRO TERCERO del proyecto de Reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, en aspectos vinculados a los derechos de los trabajadores.

El anteproyecto de reforma, modifica diferentes aspectos vinculados al derecho laboral que ocasionaría un claro retroceso de los derechos de los trabajadores. Por esto debe considerarse el principio protectorio en los cambios que pretenden introducirse. También deben modificarse los capítulos y artículos vinculados a la responsabilidad civil del estado y sus funcionarios, así como también la reparación por los daños que sus actos ocasionan. Cada uno de estos aspectos se desarrollan a continuación.

1.- La consideración del principio protectorio del derecho laboral.

El proyecto omite considerar el principio protectorio vigente en nuestro derecho laboral - consagrado en nuestro ordenamiento jurídico-, y su especificidad sobre el Derecho Civil y el Comercial.

Estos principios consagrados en nuestro ordenamiento jurídico vigente devienen de la incorporación de los derechos sociales receptados en la Constitución Nacional en el artículo 14 bis y en los Pactos Internacionales incorporados por el artículo 75 inciso 22, luego de la Reforma del año 1994. Esto también fue receptado por la jurisprudencia que consideró al trabajador como “sujeto de preferente tutela constitucional” en el fallo “Vizzotti”.

Todo este andamiaje legal que conforma el orden público laboral, no hace más que reconocer la desigualdad existente en las relaciones laborales entre trabajadores y empleadores.

Esta normativa y esta desigualdad constitutiva de la relación laboral, debe considerarse en la reforma a los Códigos Civil y Comercial que se esta llevando a cabo.

A fin de no abundar en propuestas formuladas y que van en igual sentido, adherimos a lo expuesto por la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) y

la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) quienes analizaron esta cuestión en forma específica. La (FACA) a través de un Dictamen de la Sección sobre Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de su Instituto de Estudios Legislativos.

En dicho dictamen se analizan figuras como la “responsabilidad contractual objetiva”, “responsabilidad por riesgo” y “sociedades unipersonales”, cuya formulación en el proyecto constituyen sin dudas un grave retroceso.

Así por ejemplo en el proyecto se consagra la Responsabilidad contractual objetiva, lo que en principio es bueno, ya que durante mucho tiempo las aseguradoras y los responsables de los daños sostenían que debía demostrarse la culpa como único factor de atribución exclusiva de su responsabilidad. Esto admite que hay deberes de seguridad y garantía de existencia, que obligan mucho más allá de los límites que traía demostrar la culpa. Pero cuando observamos que el Código reconocía la responsabilidad objetiva y contractual, como deber de seguridad y garantía de indemnidad en el contrato de locación de servicios, aplicándole las normas del mandato (art 1870, inc. 4º, arts. 1953 y 1954), señalamos que ésta formulación específica, deja de ser contemplada en el Anteproyecto implicando la derogación del instituto.

Es decir y como expresara la FACA, se *“hace renacer la locación de servicios, como simple contrato de servicios, pero se elimina la garantía de seguridad antes existente al dejar una laguna donde antes se legislaba. Al quitar la garantía de seguridad, como forma operativa legal, del principio constitucional “alterum non laedere”, en el contrato de apropiación libre del trabajo humano, (lo locación de servicios, figura que el derecho social superó dialécticamente con el contrato de trabajo), se perjudica a los trabajadores. Por otro lado... la mayor parte de los daños y perjuicios se refieren a los sufridos por los trabajadores en el ejercicio de la libertad de enajenación de sus fuerzas productivas. Esto vale tanto para el trabajo bajo relación de dependencia, como para el llamado trabajo autónomo (contratos de servicios y obras en el anteproyecto). Lo destacamos porque con ello se está desprotegiendo tanto a los trabajadores autónomos como a los que se desempeñan bajo relación de dependencia.”*

2.- La responsabilidad civil del Estado.

El Anteproyecto elimina la responsabilidad civil del Estado y sus funcionarios, lo que había sido propuesto originariamente por la Comisión redactora.

El Título V del Anteproyecto disponía que el Estado respondía civilmente ante los damnificados por los daños ejecutados por sus actos, fueran éstos lícitos o ilícitos. El alcance era similar a los daños ocasionados por las personas físicas o jurídicas de orden privado. El artículo 1764 disponía que *“el Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor”*.

A su turno, el artículo 1765 establecía la responsabilidad del funcionario y del empleado público por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implicaran el ejercicio irregular de su cargo, aclarándose que las responsabilidades del empleado público y del Estado eran concurrentes.

El artículo 1766 determinaba la responsabilidad civil objetiva del Estado por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrificaran intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. Aclarándose que la responsabilidad sólo comprendía el resarcimiento del daño emergente; a excepción que se viera afectada la continuación de una actividad, en cuyo caso incluía la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en tanto hubieren sido razonables para su giro.

Estos artículos fueron sustituidos y quedaron así:

Artículo 1764.- Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria. Artículo 1765.- Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda. Artículo 1766.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

Como puede observarse, las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo, modifican sustancialmente este capítulo limitando la responsabilidad del Estado y sus funcionarios exclusivamente al ámbito del derecho administrativo, excluyéndolos de la responsabilidad civil tanto frente a terceros como a sus propios dependientes. Al no existir un Código Administrativo y la variación de los principios administrativos conforme el poder político de turno, esta redacción terminará diluyendo y licuando la responsabilidad del Estado.

Si el Estado o sus funcionarios ocasionan un daño, se encontrarían eximidos de reparar las consecuencias y su conducta sería sólo juzgada en el Derecho Administrativo. Por otro lado, ante el acto regular o irregular del funcionario público o trabajador estatal sólo existiría la potestad disciplinaria de la Administración.

Asimismo los empleados públicos contratados, sea cual fuere la modalidad de contratación, se verán privados de toda posibilidad de resarcimiento por los daños y perjuicios que pudieren sufrir como consecuencia de un infortunio laboral en cumplimiento de sus tareas. Solo podrán percibir las escasas prestaciones de la Ley de Riesgos del Trabajo, pero no reclamar como hoy se hace, el resarcimiento pleno del daño.

Analizando la legislación vigente, los funcionarios estatales responden por los actos lícitos que causen daños a particulares y obviamente por los ilícitos.

Al redactarse el Código Civil, además de la disposición general contenida en el artículo 1109 del Código Civil para la responsabilidad personal por daños, se incluyó el artículo 1112 que responsabiliza civilmente (dentro de la órbita extracontractual) a los funcionarios por los hechos y omisiones que en el ejercicio de sus funciones ocasionaren a terceros, si entre los actos u omisiones ejecutados mediara una relación de causalidad adecuada.

Hoy tampoco se discute la responsabilidad “refleja del Estado”, que responde por los hechos ilícitos de sus dependientes, conforme lo regula el artículo 1113 párrafo 1°. Incluso se regula la responsabilidad objetiva por el daño causado por el riesgo o vicio de la cosa, instituto aplicable al Estado.

Las propuestas de la comisión redactora del anteproyecto en cuanto a los factores de atribución de responsabilidad subjetivos y objetivos son amplias y profundizan el Código vigente.

Pero las modificaciones realizadas por el Poder Ejecutivo, en tanto excluyen la responsabilidad civil del Estado y sus dependientes, remitiéndola al derecho administrativo en el cual no existe una previsión legal referida a la materia, atentan contra el principio de progresividad de jerarquía constitucional. Implica una autorización legal para dañar, que solo admitirá una sanción administrativa al funcionario, sin contemplar reparación alguna al damnificado.

En este aspecto, el actual proyecto contaría el principio constitucional del “alterum non laedere”, del artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, que impone el deber jurídico de no dañar y la obligación de reparar los perjuicios ocasionados.

3.- Reparación del daño provocado a trabajadores del estado.

Los empleados públicos al padecer un accidente laboral cuentan con la cobertura reparatoria de la ley 24.557 pero también con la posibilidad del resarcimiento íntegro derivado de la responsabilidad civil con fundamento en los artículos 1074, 1109, y 1113 del actual Código. Así lo ha resuelto la Corte Nacional en los fallos “Aquino” y “Llosco”.

La modificación del artículo 1764 que dispone la inaplicabilidad del sistema de responsabilidad civil al Estado, implica eximirlo de reparar los daños ocasionados. De sancionarse la reforma en estos términos, no responderá de manera directa, ni subsidiaria. No sólo frente a terceros, sino también respecto a sus dependientes vedando en todos los supuestos la posibilidad de reclamar el resarcimiento civil por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales sufridos.

La remisión limitativa al derecho administrativo, que no se ocupa tampoco de reparar estos daños laborales, deja a los empleados y funcionarios públicos discriminados frente a los trabajadores del sector privado y niega derechos elementales de raigambre constitucional.

Por último reiteramos que de sancionarse el Anteproyecto de Reforma sin considerarse los aspectos señalados, se consagraría un retroceso no solo en los derechos de los trabajadores, sino también de la sociedad en general frente a la responsabilidad del estado por los perjuicios que pudiere ocasionar.

Aportes de la Comisión Provincial por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires, al LIBRO CUARTO del proyecto de Reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, en aspectos vinculados a los derechos de los PUEBLOS ORIGINARIOS.

La Comisión por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires, manifiesta su preocupación respecto al título IV del proyecto de reforma que unificará el Código Civil y Código Comercial de la Nación, en el cual se reglamenta cuestiones relativas a los Pueblos Indígenas y sus derechos reconocidos. En este sentido, son varias las cuestiones que atentan contra las conquistas logradas en más de quinientos años de lucha de los pueblos originarios y que se encuentran relativizadas en el intento reformista.

La falta de consulta previa, la no concepción del significado territorio, el carácter de persona jurídica del derecho privado, su reducción al territorio rural, el aprovechamiento de los recursos naturales, son algunas de las cuestiones omitidas en el proyecto o que debieran reformularse.

a) La consulta a las comunidades indígenas.

En primer lugar, consideramos fundamental para cualquier tipo de legislación a sancionarse respecto de los pueblos originarios que se cumpla con la **consulta previa, ya que la ley obliga al Estado a consultar a éstos a través de sus instituciones representativas cuando se legisla sobre aspectos que puedan afectar los intereses del conjunto de pueblos y culturas.**

El proyecto tampoco incluye claramente este derecho de consulta. Solo lo hace en un vago artículo (Art. 2035) que se limita a enunciar que **la explotación de nuestros recursos naturales:** "...está sujeto a previa información y consulta a

las comunidades...”, lo cual a las luces es violatorio de toda una normativa previa en el que el derecho ya reconocido es la necesidad de obtener el libre consentimiento fundamentado previo de los Pueblos afectados ante medidas u actos que puedan afectar sus intereses (art. 6 y 15 del Convenio 169 y art. 18 y 19 de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas). En este orden de ideas, el Relator Especial de Naciones Unidas para Pueblos Indígenas en el informe que realizó luego de su visita al país, en diciembre pasado, hace referencia a lo relacionado con el derecho a la consulta en materia legislativa en el párrafo 34, en el que se expone que el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) ha elaborado un *“proyecto de ley sobre la posesión y propiedad comunitaria indígena que sería presentado al Congreso Nacional durante el año 2012... existen preocupaciones sobre el nivel de consulta que se ha hecho con los pueblos indígenas con respecto a esta iniciativa.”* En relación a la consulta que se debe llevar a cabo respecto del aprovechamiento de los recursos naturales, el Relator ha expuesto en los párrafos 45 y 46: *“El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, con el objetivo de lograr su consentimiento, está garantizado en el Convenio N. ° 169 de la OIT, que forma parte del ordenamiento jurídico interno de Argentina, y por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que ha sido respaldada por el Gobierno argentino. Sin embargo, no existe ley o reglamentación alguna, tanto a nivel federal como provincial, que regule un procedimiento de consulta con los pueblos indígenas. Las leyes sectoriales de la nación, como la Ley de Hidrocarburos y el Código de Minería, tampoco se refieren a la consulta con los pueblos indígenas, aunque esta última requiere del permiso de los “propietarios” de suelo para la exploración de minerales. Del mismo modo, la Ley General del Ambiente nacional sólo se refiere en términos generales al derecho de “toda persona” a ser consultada, afirmando a la vez que “[l]a opinión u objeción de los participantes no será vinculante”. “Debido en parte a estos vacíos legales y administrativos en relación con los proyectos extractivos, existe una ausencia de procesos de consulta con los pueblos indígenas que cumplan con los estándares internacionales. Son numerosos los casos que han sido llevados a la atención del Relator Especial alegando una falta de consulta. Por otro lado, se alega que los procesos de consulta que si se han realizado se han visto afectados por*

diversas irregularidades”. Ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado que el Estado tiene el deber de consultar con sus Pueblos indígenas en materia que afecten a sus derechos e intereses, el Estado debe obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades afectadas (Comunidad Awas Tingni vs Estado de Nicaragua, Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Estado de Paraguay, Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Estado de Paraguay y Saramaka). Asimismo, en el caso de Saramaka vs. Suriname, el 28 de noviembre de 2007, resolvió *“El Estado debe adoptar medidas legislativas, administrativas, o de otra índole, que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo de Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres o en su casos, el derecho a otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que pueda afectar su territorio y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo de Saramaka”*. La jurisprudencia es clara respecto a la utilización de los recursos naturales en cuanto a que la relación siempre debe ser con el Estado ya sea Nacional, Provincial o Municipal, y no con particulares como se pretende con este proyecto de reforma. Es así que es el Estado es el que está obligado a realizar la consulta y brindar la información en relación a la utilización de los recursos naturales en los hábitat indígenas, y va de suyo que el procedimiento de consulta se debería regular en una normativa del derecho público y no del privado como se intenta legislar. Además de ello, la Constitución Nacional, en el tercer párrafo del artículo 75 inc. 17, cuando dispone asegurar la participación en la gestión referida a sus recursos naturales, también lo hace respecto de los demás intereses que los afecten. Por ende se debe entender también, que la incorporación de los derechos de los pueblos indígenas en el proyecto de reforma del código civil, debe ser consultada, respetando el proceso de participación y consulta dispuesto por la Carta Magna, como así también en el Convenio 169 OIT, de carácter supra legal en nuestro ordenamiento jurídico, situación que como expresamos más arriba no ha ocurrido en el presente proceso.

b) Carácter público o privado de las comunidades.

Ahora bien, analizando el contenido del proyecto, entendemos que de aprobarse esta nueva normativa se considerará que las comunidades indígenas tienen un carácter privado, situación que desvirtúa **la manda constitucional por la cual reconoce la preexistencia étnica y cultural de los Pueblos Originarios**. El derecho de estos pueblos a administrar y controlar sus territorios, es ya un derecho reconocido. Sin embargo, el proyecto intentado, habla con términos como inmuebles, concepto relacionado de manera directa con el de tierra, **desconociendo el término constitucional de territorio**, fundamental para describir el espacio o hábitat en que habitan y desarrollan su vida comunitaria los pueblos indígenas.

En el mismo sentido, el artículo 148 del pretendido proyecto establece la calidad de persona jurídica de derecho privado a las Comunidades Indígenas. Esto significa que **se sitúa a las Comunidades Indígenas al mismo nivel que las asociaciones civiles, que las fundaciones, que las sociedades comerciales, etc. Ello pese a que la Constitución Nacional reconoce el carácter de pueblos preexistentes al Estado Nacional. De este modo se niega la realidad jurídica previa que tienen las comunidades indígenas y se tiende a desconocer el carácter declarativo de las resoluciones de inscripción, ya que al introducir a aquellas dentro de la categoría de personas de derecho privado se las equipara a las otras personas jurídicas que constituyen el Estado. Por ende, se desconoce las normas y sistemas de justicia de los Pueblos, los criterios de convivencia o de administración de su economía, educación y salud, quedando reducido, y controlado, en una "personería jurídica de derecho privado", cuando el marco legal superior indica que se debe avanzar hacia una personalidad jurídica de Derecho Público no estatal**. Esto último, implica que el Estado y sus organismos de control no pueden intervenir en la vida interna y procesos organizativos de las Comunidades. Debemos remarcar que en la actualidad las direcciones de personerías jurídicas actúan como verdaderos órganos de intervención y de control sobre la vida autónoma de las Comunidades lo cuál afecta claramente su organización.

c) Reducción de las comunidades al espacio rural.

Otro de los problemas fundamentales, que traería aparejado esta reforma, es el de la **reducción del reconocimiento de los pueblos originarios sólo al espacio rural o al campesinado**. De este modo las comunidades indígenas - como las de la Provincia de Buenos Aires-, que en su mayoría, se encuentran en zonas urbanas, no serán consideradas como tales, viéndose afectado su derecho a la identidad. El art. 18 del proyecto determina cuales son los derechos de las comunidades indígenas, dejando afuera los espacios urbanos que en muchos casos son ocupados por grupos indígenas que han sido forzados a migrar a las ciudades y/o generaciones enteras que han nacido en la urbe, que en procesos de recuperación de la identidad se han constituido como Comunidades. Es así que el art. 2028 pretende definir la propiedad comunitaria indígena, la cual debe recaer sobre un inmueble rural, destinado a la preservación de la identidad cultural y al hábitat de las comunidades. Asimismo, respecto al titular del derecho, el mismo sería la comunidad indígena registrada con personería jurídica, lo cual nos remite a la problemática, explicada anteriormente, en lo que hace al carácter privado que se pretende imponer. En cuanto a la pretensión de “ruralizar” a los pueblos originarios ya se ha expresado el Relator del Naciones Unidas, Dr. Anaya, en el párrafo 35 *in fine* de su informe, marcando “*que el Programa de Relevamiento Territorial, no se aplica a las comunidades cuyos miembros, a raíz de la desposesión de sus tierras ancestrales unas generaciones atrás, se encuentran dispersos en zonas urbanas*”. Por otro lado, el art. 2031 del proyecto, por el cual se norman los modos de constitución de la Propiedad Comunitaria, determina que la misma se puede constituir: a) por el reconocimiento del Estado Nacional o de los Estados Provinciales de las tierras que tradicionalmente ocupan, b) por usucapión c) por actos entre vivos y tradición y d) por disposición de última voluntad. Con ello se omite el reconocimiento de las tierras que tradicionalmente ocupan los Pueblos Indígenas argentinos, que ya fue dado por la propia Constitución al reconocer su preexistencia. Además se introduce el instituto de la usucapión, el que no se puede realizar de manera colectiva; se cosifica la relación de los pueblos con su territorio, ya que los actos entre vivos son los que se realizan entre las personas y la tradición una de las formas de adquisición del derecho de real de dominio. Esta “tradición”, que consiste en que el dueño de una cosa le entregue esta a otra como valor de cambio, se

contrapone con la relación que los indígenas tienen con su tierra, siendo estos parte de la misma. Por otro lado se introduce la institución hereditaria como forma de constitución, contrariando el propio artículo 2032 del pretendido proyecto en cuanto a que el mismo dispone que la propiedad comunitaria indígena no puede formar parte del derecho sucesorio de los integrantes de la Comunidad Indígena, sin perjuicio de que la disposición de última voluntad introduce una cuestión individual que se contrapone a la idea de propiedad comunitaria.

Por todo lo expuesto, desde la CPM consideramos que nuestros legisladores deben reformular o replantear la pretensión de reforma en lo que hace a la incorporación de los “Pueblos Indígenas y sus derechos reconocidos”, velando por el reconocimiento del carácter de preexistentes de los Pueblos Indígenas respecto de los Estados provinciales y el nacional y respetando los estándares internacionales de derechos humanos del derecho de consulta y participación. Este último es la puesta en práctica del derecho de la autodeterminación, los cuales se encuentran reconocidos en la Constitución Nacional, a través del bloque de Constitucionalidad (art.75 inc22), en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como así también el Convenio 169 de la OIT.

Entendemos que el Estado debe respetar la identidad cultural de los pueblos originarios, su derecho al territorio y a los recursos naturales. También deben ser considerados persona del derecho público no estatal.

Cualquier normativa respecto a los pueblos originarios debe tratarse con la participación activa de los éstos, respetando sus formas de organización y, por sobre todas las cosas, reconociendo la preexistencia de los mismos.