



GUSTAVO ESPARZA
MELCHOR FIGUEROLA
GUSTAVO MONTENEGRO

El orden público en el derecho privado

Civil. Comercial. Laboral

Nuevos paradigmas. Límites. Autonomía de la voluntad
Extraterritorialidad. Irretroactividad de la ley: excepción
Inexcusabilidad del error de derecho. Técnicas
Derechos individuales y colectivos del trabajo
Incidencia de las normas internacionales

2ª edición actualizada y ampliada



BUENOS AIRES - BOGOTÁ - PORTO ALEGRE - SANTIAGO

2021

CORTE SUPREMA BIBLIOTECA	
SIG. TOPOGRAFICA	INVENTARIO

ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo a la segunda edición</i>	VII
<i>Prefacio a la segunda edición</i>	XV

PARTE PRIMERA

INTRODUCCIÓN AL TEMA DEL ORDEN PÚBLICO DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO PRIVADO

por GUSTAVO ESPARZA

CAPÍTULO PRIMERO

NOCIONES GENERALES

§ 1. Prelusión	3
§ 2. Una definición de orden público. Definición de Llam- bías. Las fuentes del orden público	6
§ 3. Algún aporte de la semántica y la filosofía del derecho en el tema del orden público	9
a) El tema del orden público en Arturo Sampay	9
b) El tema del orden público en Bernardino Montejano ..	10
§ 4. El tema del orden público en la obra de Llambías. Teo- rías y fundamentos. Comentarios adicionales. Relación con nuestra legislación. Otros autores	13
a) La exposición de Llambías. Comentarios adicionales ..	14

b) Otros autores que han definido los fundamentos del orden público	23
§ 5. Dos esquicios sobre historia del orden público en nuestra legislación (constitucional) y en el derecho internacional privado	28
a) El artículo 19 de la Constitucional nacional y el tratamiento que de él hace Arturo Sampay	29
b) El orden público y el derecho internacional privado ..	31
c) Orden público, derecho internacional privado y algunas derivaciones. El Código Bustamante	32

CAPÍTULO II

IMPORTANCIA, EFECTOS Y CARACTERES DEL ORDEN PÚBLICO

§ 6. Implicancias prácticas	37
§ 7. La cláusula de excepción (artículo 2597) y alguna relación con el orden público	40
§ 8. Algo más sobre las caracteres del orden público internacional y sus relaciones con el orden público interno. Orden público pleno, atenuado y reflejo	42
§ 9. El Ministerio Público. Algunas notas y relación con el orden público	47

CAPÍTULO III

EL ORDEN PÚBLICO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. FUENTES. NOTAS CRÍTICAS

§ 10. Fuentes y crítica	53
a) Su regulación sin asignación de un capítulo específico	53
b) La falta de sistematización de la regulación y una acentuada dispersión	54
c) La falta de sistematización y la ausencia de normas de remisión o coordinación	55
d) La doble regulación del orden público en materia de orden público interno e internacional	55
e) La falta de sistematización de los efectos de la violación al orden público	57

f) La regulación en el ordenamiento unificado y en los restantes ordenamientos particulares	58
g) La cuestión procesal en relación con los temas vinculados al orden público. El orden público (internacional e interno) y la sentencia extranjera (y laudo arbitral) ..	58
§ 11. Sobre la regulación del orden público e institutos conexos. Diversos temas. Remisión	60
§ 12. Alguna doctrina sobre el orden público y el nuevo Código unificado. Exposición y en algunos casos crítica	61

CAPÍTULO IV

EL CAMBIO DE PARADIGMA Y SU IMPACTO EN MATERIA DE ORDEN PÚBLICO

§ 13. La postura del legislador. Exposición y crítica	77
---	----

CAPÍTULO V

PENSAR LA PATRIA. OTRO PUNTO DE PARTIDA

§ 14. Pensar la patria desde otras perspectivas	89
a) Sobre la visión y análisis de Caponnetto	90
b) Sobre la visión y análisis de Díaz Araujo	97
§ 15. A manera de conclusión	100

PARTE SEGUNDA

EL ORDEN PÚBLICO Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

por MELCHOR E. FIGUEROLA

CAPÍTULO VI

CARACTERIZACIÓN GENERAL

§ 16. La noción de orden público. Algunas definiciones	105
§ 17. Problemática. Complejidad de la cuestión	111

§ 18.	Los elementos del orden público	123
	a) Introducción	123
	b) El contenido	123
	c) El equilibrio	126
	d) La historicidad	130
	e) La interpretación	135
§ 19.	Los límites del orden público	140
§ 20.	El orden público como sistema único	149
§ 21.	Principios	153
	a) Diferencia con las normas jurídicas	155
	b) Principios y valores	157
	c) Funciones de los principios	159
§ 22.	Las normas	161
	a) Normas jurídicas	161
	b) Normas imperativas	162
	1) Normas prohibitivas	165
	2) Normas inderogables	167
	3) Normas irrenunciables	168
	4) Normas indisponibles	168
	5) Normas supletorias o dispositivas	170
	6) Imperatividad y obligatoriedad	171
	7) Designación expresa y tácita de la imperatividad ..	172
	8) Orden público y norma imperativa	175
	c) Orden público económico	177
	d) Normas de dirección. Normas de protección	179
	1) Normas de dirección	180
	2) Normas de protección	182
§ 23.	Función externa del orden público	185

CAPÍTULO VII

LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

§ 24.	Noción	193
§ 25.	Alguna casuística	200
§ 26.	Efectos jurídicos del orden público	206
§ 27.	Imperatividad y prohibición	207
	a) Imperatividad. Obligaciones legales	207
	b) Prohibición. Deber de abstención	209

§ 28.	Nulidad absoluta	213
	a) Legitimación para plantearla	215
	b) Otros caracteres de la nulidad	216
§ 29.	Nulidad parcial	216
§ 30.	Inoponibilidad de la persona jurídica	218
§ 31.	Aplicación de ley defraudada. No homologación del acuerdo preventivo. Consideración respecto del acuer- do preventivo extrajudicial	222
	a) Efecto general del fraude a la ley	223
	b) Efecto concursal del fraude a la ley	223
	c) Un interesante caso de jurisprudencia	224
§ 32.	Indisponibilidad. Intransmisibilidad. Irrenunciabi- lidad	227
	a) Indisponibilidad	227
	b) Intransmisibilidad	229
	c) Irrenunciabilidad	230
§ 33.	Aplicación de oficio	232
§ 34.	Lesión subjetiva y teoría de la imprevisibilidad	234
§ 35.	Lesión subjetiva	235
§ 36.	Teoría de la imprevisibilidad	240

CAPÍTULO VIII

LÍMITE A LA EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY

§ 37.	La ejecución de sentencias y laudos arbitrales extran- jeros	243
§ 38.	El derecho extranjero y el orden público argentino	246
	a) Orden público en su función internacional y fraude a la ley	248
	b) Normas indirectas de importación y exportación ...	251
	c) Tratados internacionales	253
	d) Ley 27.449 y la unidad del orden público	256
	e) Eliminación del derecho nocivo y aplicación del sa- ludable	257
	f) "Dépeçage" y casuística	258
§ 39.	Las sentencias y laudos arbitrales extranjeros y el or- den público	261
	a) Funcionamiento	261

- b) Sentencia extranjera y laudo arbitral extranjero 263
 c) Exequátur 263

CAPÍTULO IX

EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

- § 40. Noción 273
 § 41. Diferencia entre derecho transitorio y retroactividad de la ley 274
 § 42. El problema de la retroactividad de la ley en el Código Civil de 1871 y en la reforma de la ley 17.711 277
 § 43. La retroactividad de la ley en el Código Civil y Comercial de la Nación 282
 § 44. Hechos, relaciones y situaciones jurídicas 285
 § 45. Las nuevas leyes supletorias, los contratos en curso de ejecución y las relaciones de consumo 289

CAPÍTULO X

EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE LA INEXCUSABILIDAD DEL ERROR DE DERECHO

- § 46. La inexcusabilidad del error de derecho en el Código Civil 295
 § 47. La inexcusabilidad del error de derecho en el Código Civil y Comercial 297
 § 48. El fundamento de la inexcusabilidad del error de derecho 298
 § 49. Error de hecho y error de derecho. Diferencia en el tratamiento 299
 § 50. Inexcusabilidad de las normas de orden público 302
 § 51. El sistema del error de hecho en el Código Civil y Comercial 303

CAPÍTULO XI

INTERACCIÓN CON ALGUNAS FIGURAS

- § 52. Comparación con otras figuras. Orden público y moral .. 311

- § 53. Orden público y buenas costumbres 316
 § 54. Orden público y abuso del derecho 325
 a) Presupuestos del abuso del derecho 334
 b) La forma de interpretar las conductas abusivas 335
 c) Abuso e ilicitud 337
 d) Orden público, abuso y derecho concursal 341
 § 55. Orden público y fraude a la ley 347
 a) Concepto de fraude a la ley. La intención de los agentes 352
 b) La pérdida de autonomía de la figura del fraude a la ley. Su incorporación a la doctrina de la interpretación de las leyes 358
 c) La forma de interpretar el fraude a la ley 359
 d) La sanción del fraude a la ley. La cuestión en nuestra legislación 361
 e) Orden público, fraude a la ley, negocio indirecto y negocio fiduciario 365
 f) Orden público, fraude a la ley y derecho concursal .. 369
 § 56. Orden público y buena fe 370

PARTE TERCERA

EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO DEL TRABAJO

por GUSTAVO D. MONTENEGRO

CAPÍTULO XII

MARCO CONCEPTUAL. PROBLEMÁTICAS IUSFILOSÓFICAS, IDEOLÓGICAS Y DE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO IMPLICADAS

- § 57. Planteo general 383
 § 58. Cuestiones iusfilosóficas 384
 § 59. Aspectos ideológicos 387
 § 60. Problemas atinentes a la teoría general del derecho 388
 § 61. Interacción de las dificultades indicadas 389

CAPÍTULO XIII

**DEVENIR HISTÓRICO DEL ORDEN PÚBLICO
CON RELACIÓN AL DERECHO DEL TRABAJO.
EXPRESIÓN DE LA SOBERANÍA DEL ESTADO.
CONTEXTO ACTUAL DE GLOBALIZACIÓN**

§ 62. Aclaraciones preliminares	393
---------------------------------------	-----

A) EDAD ANTIGUA

§ 63. El trabajo esclavo	395
§ 64. El declive de la esclavitud como antecedente del derecho del trabajo	397

B) EDAD MEDIA

§ 65. El trabajo servil	397
§ 66. Las guildas	398
§ 67. Las corporaciones	398
§ 68. La influencia del cristianismo. El acotado ámbito de actuación para la autonomía de la voluntad	399

C) EDAD MODERNA Y EDAD CONTEMPORÁNEA

§ 69. El contrato de trabajo	400
§ 70. La Revolución Industrial y el surgimiento de la "cuestión social"	401
§ 71. La incidencia de la cuestión social en el ordenamiento jurídico	403
§ 72. El constitucionalismo social	404
§ 73. Las primeras regulaciones laborales	405
§ 74. La situación en la República Argentina	407
§ 75. El desafío social y el espíritu de las normas que intentan darle respuesta	408
§ 76. Influencia del proceso histórico en la economía y el derecho	410

D) EDAD CONTEMPORÁNEA

§ 77. La crisis del Estado de bienestar y el auge del neoliberalismo	411
§ 78. Acercamiento a la noción de neoliberalismo	414
§ 79. Algunas de las influencias del actual sistema económico y de producción sobre las relaciones laborales	418
§ 80. La flexibilización laboral	422
§ 81. El rol del derecho internacional de los derechos humanos y la vigencia del concepto de soberanía nacional	425

CAPÍTULO XIV

**LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA. INCIDENCIAS
EN LA SOCIEDAD Y EN EL DERECHO**

§ 82. La revolución tecnológica y sus consecuencias	429
§ 83. El "tecno-optimismo" y sus problemas	435
§ 84. Las relaciones laborales ante la revolución tecnológica	436
§ 85. Las relaciones laborales en la sociedad de rendimiento ..	441
§ 86. El cambio gradual y la convivencia de ambos tipos de sociedades	447
§ 87. El panóptico digital como refuerzo de la disciplina	447
§ 88. Consecuencias de los cambios señalados	448
§ 89. Los desafíos para el derecho laboral	451

CAPÍTULO XV

**CONCEPTUALIZACIÓN Y CARACTERIZACIÓN
DEL ORDEN PÚBLICO NACIONAL
E INTERNACIONAL**

§ 90. Aclaraciones previas	455
§ 91. Aspectos etimológicos y semánticos	456
§ 92. Conceptualización jurídica	457
§ 93. Algunas clasificaciones posibles	460

- § 94. Unicidad del orden público. Orden público interno e internacional 461
- § 95. La cuestión de la soberanía nacional 462

CAPÍTULO XVI

FUENTES DEL ORDEN PÚBLICO Y VÍAS PARA LA DETERMINACIÓN DE SU CONTENIDO

- § 96. Fuentes del orden público. La ley y la jurisprudencia. La calificación a cargo de los jueces 467
- § 97. Posibilidad de los magistrados de apartarse de la autocalificación de la norma como de orden público 471
- § 98. La cuestión de la costumbre como potencial fuente de orden público 472
- § 99. La función de la doctrina 474

CAPÍTULO XVII

PAUTAS APLICABLES PARA LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DEL ORDEN PÚBLICO

- § 100. Las normas de orden público 475
- § 101. Relevancia de la cuestión 476

CAPÍTULO XVIII

EL ORDEN PÚBLICO LABORAL A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

- § 102. Breve panorama general sobre el derecho internacional de los derechos humanos 479

A) LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

- § 103. Sucinta reseña de los principios del derecho internacional de los derechos humanos 480
- § 104. Principio de dignidad humana 481

- § 105. Principio de plenitud 481
- § 106. Principio de fraternidad 481
- § 107. Principio de interdependencia e indivisibilidad 482
- § 108. Principio de efectividad 483
- § 109. Principio de justicia social 483
- § 110. Principio de igualdad 484
- § 111. Principio de progresividad 484
- § 112. Principio pro persona 486
- § 113. Alcances de la incidencia del derecho internacional de derechos humanos en el derecho interno de los países .. 494

B) DERECHOS HUMANOS EN UN ENTORNO DIGITAL

O EN LA ERA DIGITAL

- § 114. Consideraciones generales sobre la evolución de los derechos humanos 496
- § 115. Los derechos humanos en un entorno digital. Particularismos 497
- § 116. El orden público en la era digital 500
- § 117. Incidencia de la cuestión en las relaciones laborales ... 501
- § 118. El derecho humano a la integridad psicofísica en la era digital. El “tecno estrés” 502
- § 119. Los nuevos riesgos (“transhumanismo”, “hacking” cerebral) 503
- § 120. Hacia un derecho humano a la neuroprotección 505

CAPÍTULO XIX

TENSIONES ENTRE EL ORDEN PÚBLICO LABORAL Y EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

- § 121. Incidencia de la economía en el orden público 509
- § 122. Las tensiones entre el orden económico global y el derecho 510
- § 123. La difusa noción del orden público económico 512
- § 124. La importancia de la Observación General n° 24, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 518

CAPÍTULO XX**MANIFESTACIONES TÉCNICAS Y OPERATIVIDAD DEL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO LABORAL**

§ 125. Efectos del orden público. Remisión	525
§ 126. El orden público laboral como expresión del principio protectorio	526
§ 127. Orden público laboral atenuado o de baja intensidad ..	528
§ 128. Las consecuencias prácticas de particularizar al orden público laboral (los pretendidos “efectos atenuados”).	530
§ 129. Las reacciones ante tales consecuencias	531
§ 130. Algunos aportes adicionales al debate	533
§ 131. El argumento basado en los sujetos destinatarios de la protección de la nulidad	534
§ 132. La pretensa distinción entre normas imperativas y de orden público	536
§ 133. La diferenciación entre orden público relativo y absoluto	539
§ 134. El fundamento basado en la previsión legal de la prescriptibilidad de las obligaciones laborales	540
§ 135. Indisponibilidad e irrenunciabilidad de los derechos laborales. Alcances	544
§ 136. Ámbito de actuación de la autonomía de la voluntad ..	546

CAPÍTULO XXI**EL ORDEN PÚBLICO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. NORMAS CON INCIDENCIA EN EL ÁMBITO LABORAL****A) NORMAS VINCULADAS AL PLANO LOCAL**

§ 137. Aclaración y remisión	549
§ 138. El artículo 7º del Código Civil y Comercial. Retroactividad	549

§ 139. El artículo 8º del Código Civil y Comercial. Inexcusabilidad	550
§ 140. El artículo 12 del Código Civil y Comercial. Orden público	550
§ 141. El artículo 385 del Código Civil y Comercial. Negocio jurídico indirecto	551
§ 142. El artículo 386 del Código Civil y Comercial. Nulidad absoluta y relativa	552
§ 143. El artículo 389 del Código Civil y Comercial. Nulidad total y parcial	552
§ 144. El artículo 958 del Código Civil y Comercial. Límite a la autonomía de la voluntad en materia contractual	553
§ 145. El artículo 962 del Código Civil y Comercial. Supletoriedad de las normas contractuales	553
§ 146. El artículo 963 del Código Civil y Comercial. Prelación en caso de concurrencia normativa	554
§ 147. El artículo 964 del Código Civil y Comercial. Integración del contrato	554

B) NORMAS VINCULADAS AL PLANO INTERNACIONAL

§ 148. Ubicación metodológica y lineamientos generales	555
§ 149. El artículo 2594 del Código Civil y Comercial. Determinación de la normativa aplicable	556
§ 150. Los artículos 2595, 2596 y 2597 del Código Civil y Comercial. Aplicación del derecho extranjero	556
§ 151. Artículo 2598 del Código Civil y Comercial. Excepción por fraude a la ley	559
§ 152. Artículo 2599 del Código Civil y Comercial. Excepción por existencia de normas internacionalmente imperativas	560
§ 153. El artículo 2600 del Código Civil y Comercial. Excepción por aplicación del orden público	562
§ 154. Artículo 2651 del Código Civil y Comercial. Reglas para el ejercicio de la autonomía de la voluntad en materia contractual	562
§ 155. Excepción prevista por la norma y aplicación analógica al derecho laboral	564

CAPÍTULO XXII**EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO INDIVIDUAL DE TRABAJO****A) CONSIDERACIONES GENERALES**

- § 156. El contrato de trabajo y la autonomía de la voluntad .. 567
 § 157. Actuación del orden público en las distintas etapas del contrato de trabajo 568

B) EL ORDEN PÚBLICO EN LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

- § 158. Comentario general 569
 § 159. El artículo 7º de la ley de contrato de trabajo. Nulidad 570
 § 160. El artículo 12 de la ley de contrato de trabajo. Irrenunciabilidad 573
 § 161. El artículo 13 de la ley de contrato de trabajo. Sustitución de cláusula nulas 573
 § 162. El artículo 14 de la ley de contrato de trabajo. Nulidad por fraude o simulación 574
 § 163. El artículo 15 de la ley de contrato de trabajo. Restricciones a la autonomía de la voluntad en los acuerdos transaccionales 575
 § 164. El artículo 21 de la ley de contrato de trabajo. Regulación del contrato de trabajo 576
 § 165. El juego de los artículos 38 a 44 de la ley de contrato de trabajo. Ilicitud, prohibición y nulidad 577
 § 166. El artículo 58 de la ley de contrato de trabajo. Ausencia de presunciones en contra del trabajador 580
 § 167. El artículo 256 de la ley de contrato de trabajo. Plazos de prescripción 580
 § 168. El artículo 260 de la ley de contrato de trabajo. Consecuencias del pago insuficiente 581

C) EL ORDEN PÚBLICO EN OTRAS LEYES LABORALES SUSTANCIALES

- § 169. Enumeración enunciativa 581

- § 170. Normas que indican expresamente su carácter de orden público 582
 § 171. Normas que no indican expresamente su carácter de orden público 583

CAPÍTULO XXIII**EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO COLECTIVO DE TRABAJO**

- § 172. Interés colectivo e interés general 585
 § 173. Ámbito de actuación del orden público en el derecho laboral colectivo 585
 § 174. El orden público y la negociación colectiva 587

CAPÍTULO XXIV**EL ORDEN PÚBLICO EN LAS LEYES PROCESALES LABORALES**

- § 175. Los debates sobre el encuadre del derecho procesal y su vinculación con el orden público 593
 § 176. La situación del derecho procesal laboral 594
 § 177. Particularismos del orden público en el derecho procesal laboral 594
 § 178. Actuación del Ministerio Público 595
 § 179. Atribuciones de los magistrados 595
 § 180. Tratamiento diferencial a los trabajadores y relevancia del principio de celeridad 596
 § 181. El orden público y la actividad recursiva 597
 § 182. El orden público en la reciente reforma procesal laboral bonaerense 598

Bibliografía 603