

# Catorcebis

*un compromiso vigente*

60°

SEXAGÉSIMA EDICIÓN  
DE DIAMANTE

Directores:

César Arese, Carlos A. Toselli y Ricardo L. Chércoles

Coordinadoras:

María de los Ángeles Ferrario y Laura Nuevas

AÑO XXV | **Revista**  
**Nº60** | **Socio-Laboral**



Asociación Argentina de Derecho  
del Trabajo y Seguridad Social - CORDOBA

## Publicación de:

Asociación Argentina de Derecho del Trabajo  
y la Seguridad Social | CORDOBA

**Asociación Civil sin fines de lucro.**

**Personería Jurídica:**

Res. de Ins. de Soc. Jurídicas Nº 376/A/99

## AUTORIDADES | A.A.D.T.Y.S.S. CORDOBA

Presidente:

**Pedro Pablo Mendizabal**

Vicepresidenta:

**Valeria Elisa Mimessi**

Secretaria General:

**Jimena Rodríguez Urizar**

Tesorero:

**Mario Luis Aguirre**

Protesorero:

**Aldo Nallino**

Secretaria de Medios Informáticos, Prensa y Difusión:

**María Agustina Lacase**

Secretario de Publicaciones:

**Ricardo León Chéroleos**

Secretaria de Eventos y Actividades Académicas:

**Pura Verónica Demarechi Arballo**

Secretario de Actas:

**María de los Ángeles Ferrario**

Vocales Titulares:

**Laura Sosa Plebani, Nicolás Esteban Astegiano,**

**Victor Eduardo Layus**

Vocales Suplentes:

**María Paz Arese, Ezequiel Rueda, Alejandro Tassi**

Comisión Revisora de Cuentas:

**Franco Hernan Mogetta Prevedello, Carlos Roberto Busajm,**  
**Corina Yael Fassina**

Junta Electoral:

**Laura Coeiglio, Elizabeth Bianchi,**  
**Ricardo Javier Bueno**

## CONSEJO EDITORIAL

**Daniel Brain, Eugenio Sigifredo, Ricardo Giletta,**  
**Eladia Garnero, Gabriel Tosto, Jorge Sappia, René Mirolo,**  
**Raúl Altamira Gigena, Mercedes Blanc de Arabel y**  
**José Narciso Rey Norez**

**Revista Catorce Bis**, es una publicación de la Asociación Argentina  
del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social - Córdoba.

**Edición gráfica:** Se distribuye gratuitamente a los asociados.  
Tirada: 1.000 ejemplares. (ISSN 2525-1228)

**Edición digital:** Se publica y distribuye nacional e internamente en  
[www.asociacionlaboral.org.ar](http://www.asociacionlaboral.org.ar), y en sitios de asociaciones laborales de  
otros países. (ISSN 2525-1236).

Puede ser pedida por E-mail: [asociacionlaboralcb@gmail.com](mailto:asociacionlaboralcb@gmail.com)

|          |                                                                                                                                                                                                                                                                  |
|----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Pág. 3   | <b>Editorial</b><br><i>Por Pedro Pablo Mendizabal</i>                                                                                                                                                                                                            |
| Pág. 5   | <b>El Teatro de la vida real.</b> Lo que el Rey tuvo que oír<br><i>Por César Arese</i>                                                                                                                                                                           |
| Pág. 9   | <b>Sobre la naturaleza de las relaciones excluidas del Decreto 326/56</b><br>y sus proyecciones en la ley 26.844: Un fallo esclarecedor<br><i>Por Nicolás Astegiano</i>                                                                                          |
| Pág. 13  | <b>Las adicciones en el mundo del trabajo</b><br><i>Por Elizabeth Verónica Bianchi y Marcelo Romero Serna</i>                                                                                                                                                    |
| Pág. 19  | <b>Adicción como causal de Enfermedad Profesional.</b> Superior Tribunal<br>de Justicia de Jujuy<br><i>Por Carlos Roberto Busajm</i>                                                                                                                             |
| Pág. 27  | <b>Jano, dos caras de un mismo Dios.</b> Cómo aplicar las normas que regulan<br>los Contratos Civiles y Comerciales, en la resolución de conflictos laborales<br><i>Por Ricardo León Chéroleos</i>                                                               |
| Pág. 35  | <b>La oralidad y las nuevas estructuras</b><br><i>Por Silvia Díaz</i>                                                                                                                                                                                            |
| Pág. 43  | <b>Violencias y modificación de Contrato de Trabajo</b><br><i>Por Andrea Isabel Franconi</i>                                                                                                                                                                     |
| Pág. 51  | <b>El Fondo de Reserva de la ley 24.557.</b> Cuestiones conflictivas en orden<br>a su cobertura en los Procesos Judiciales<br><i>Por Ricardo Agustín Giletta</i>                                                                                                 |
| Pág. 63  | <b>¿Fontana cambio "Pellicori"? Valoración de la prueba ante los despidos</b><br>discriminatorios<br><i>Por Mirna Lozano Bosch</i>                                                                                                                               |
| Pág. 71  | <b>Los Derechos de Protección Social</b> y la garantía de su realización en el<br>marco local<br><i>Por Adriana Micale</i>                                                                                                                                       |
| Pág. 77  | <b>Un surco más en la fisura del Modelo Sindical Argentino.</b> Comentario<br>al fallo. CSJN, 04.03.2021. Asociación del Personal Superior de Autopistas<br>e Infraestructuras APSAI c/ Autopistas del Sol S.A. s/ acción de amparo<br><i>Por Rosalía Pécora</i> |
| Pág. 85  | <b>Notas típicas del accidente de trabajo</b> a la luz de la Doctrina y la<br>Jurisprudencia<br><i>Por Federico Guillermo Provencale</i>                                                                                                                         |
| Pág. 95  | <b>Las medidas autosatisfactivas en el Fuero Laboral</b> durante el<br>contexto de pandemia COVID-19<br><i>Por Quiroga Contreras Juan Facundo y Moyano Juan Manuel</i>                                                                                           |
| Pág. 101 | <b>El procedimiento ante las Comisiones Médicas</b> por Covid-19<br><i>Por Emilio Elías Romualdi</i>                                                                                                                                                             |
| Pág. 107 | <b>De las personas con discapacidad</b> y el ejercicio de sus derechos<br>en el trabajo... ¿Una utopía?<br><i>Por Carla Saad</i>                                                                                                                                 |
| Pág. 115 | <b>Constitución Nacional y Fuerzas de Seguridad:</b> La férrea negación<br>de la C.S.J.N. a la sindicalización de sus integrantes<br><i>Por Marcelo J. Salomón</i>                                                                                               |
| Pág. 123 | <b>Nuevos paradigmas sobre la igualdad de trato</b> y conductas<br>inaceptables en la relación laboral<br><i>Por Osvaldo Mario Samuel</i>                                                                                                                        |
| Pág. 133 | <b>La virtualidad de la audiencia de vista de la causa</b> en el Fuero Laboral<br>del Poder Judicial de la provincia de Córdoba<br><i>Por Javier Santanoceto</i>                                                                                                 |
| Pág. 141 | <b>¿Quiénes son los Docentes dispensados de dictar clases presenciales</b><br><b>en Córdoba en 2021</b> en los niveles Inicial, Primario, Secundario y<br>Terciario no Universitario y quiénes no?<br><i>Por Ricardo Francisco Seco</i>                          |
| Pág. 151 | <b>El Convenio 190 OIT</b> y el camino hacia la igualdad de Género<br><i>Por Eleonora Slavin</i>                                                                                                                                                                 |
| Pág. 155 | <b>El Género en el Derecho y el trabajo</b><br><i>Por María Fabiana Sosa</i>                                                                                                                                                                                     |
| Pág. 161 | <b>El laberinto del Covid 19</b><br><i>Por Carlos A. Toselli</i>                                                                                                                                                                                                 |
| Pág. 169 | <b>Salutación</b><br><i>Por Elizabeth Verónica Bianchi</i>                                                                                                                                                                                                       |





**Por PEDRO PABLO  
MENDIZABAL**  
PRESIDENTE  
A.A.D.T. Y S.S. CÓRDOBA

## Tiempo de memorias y despedidas

**C**omo casi todas las cosas tienen su comienzo, desarrollo y fin, se cumplen en estos días dos años de mandato con que nos honraran nuestros afiliados como miembros de la Comisión Directiva y en mi caso particular con la presidencia de nuestra muy querida Asociación Argentina del Derecho de Trabajo y la Seguridad Social de Córdoba.

Como es lógico no incluiré aquí la memoria en la que desarrolla toda la tarea llevada a cabo durante estos dos años, lo que se hará en la Asamblea en la que también se analiza el balance contable, pero sí diré, me corresponde destacar, que la misma ha sido prolífera y convocante gracias al esfuerzo y empeño de estos excelentes compañeros que me tocaron en suerte que lograron que los diversos eventos superaran las expectativas fijadas de antemano, no obstante lo expresado precedentemente si diré que fueron varios los cursos presenciales durante el año 2019, con importante asistencia y que ese año sobresalió el hecho histórico de haber sido elegidos como organizadores del primer congreso internacional en Córdoba que fue la sede del “Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social” con asistencia de importantes juristas internacionales, nacionales y locales, de más de 15 países y también que se llevaron a cabo la XIX Jornadas del Centro de la República de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Con relación a éste ejemplar de la revista hay que destacar que tiene algo de especial porque es la n° 60 y ello da cuenta del esfuerzo que significa la impresión en papel en épocas en que todo es virtual. Y con relación al contenido, es muy amplio y muy actual y no es propósito de estas breves líneas comentar los temas analizados por los autores, agradeciéndoles una vez más la excelente predisposición para colaborar con nuestra Asociación.

No quiero dejar pasar esta última oportunidad de dirigirme a los afiliados o a quienes les llega esta revista, sin señalar dos hechos muy auspiciosos que aparecen prima facie como que estamos en la buena senda en el concepto de tutela judicial efectiva, que solo se da cuando la justicia llega a tiempo para reparar el daño causado cuando se produce la contingencia prevista por la ley.

Uno es la inauguración en Tribunales del edificio para el fuero laboral unificado, lo que significa que en la misma sede funcionarán los juzgados, las asesorías y la Cámara del Trabajo. Y si bien parece un tema menor, solo los memoriosos recuerdan que el fuero laboral funcionó en horario vespertino durante muchos años y que compartíamos los juzgados de Conciliación con los Juzgados civiles y las Cámaras con el fuero penal lo que generaba un problema permanente por el espacio de los armarios que se duplicaban ya que había que guardar todo; y por cierto los jueces y funcionarios no podían disponer del despacho para trabajar fuera del horario matutino o vespertino. Con satisfacción hemos recorrido la nueva sede y nos resultó reconfortante las previsiones tomadas, aún para el emplazamiento de nuevos tribunales.

El segundo hecho y este sí considero trascendente en la entrada en vigencia de la reforma procesal que había sido sancionada por la Legislatura Provincial desde un largo tiempo atrás pero no implementada por cuestiones presupuestarias y de espacio, resolviéndose esto último con la inauguración del edificio al que me referí supra y la cuestión presupuestaria con la habilitación parcial de las reformas hasta tanto se puedan concretar las designaciones de jueces y funcionarios que prevé la reforma.

Si bien no es lo ideal, entusiasmo la idea de que pueda tornarse realidad al principio de la celeridad procesal en la resolución de las causas. Es cierto que recién con el tiempo se sabrá sobre la eficacia de la reforma y más aún cuando entre en vigencia en su totalidad, pero como soy un convencido de que algo importante había que hacer para terminar o disminuir sustancialmente la mora actual y que mediante sentencias dictadas en tiempo razonable se consoliden los derechos y logrando de este modo la tan anhelada justicia social.



60°

SEXAGÉSIMA EDICIÓN  
DE DIAMANTE





César Arese<sup>1</sup>

# El teatro de la vida real **LO QUE EL REY TUVO QUE OÍR**



<sup>1</sup> Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, doctorado, postdoctorado e investigador de la Universidad Nacional de Córdoba. Abogado laboralista. Es autor del documento de trabajo de la Organización Internacional de Trabajo, "Acceso a tutela judicial efectiva laboral en países de América del Sur", OIT, 2020. Acceso libre: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed\\_dialogue/-dialogue/documents/publication/wcms\\_757104.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_dialogue/-dialogue/documents/publication/wcms_757104.pdf)



## ESCENA I

Le ntitud de los tribunales no es nueva ni una originalidad mediterránea. Pero la pandemia ha venido a operar como un fuerte revulsivo procesal. Tramitar causas laborales era muy distinto, apenas a comienzos de 2019 y será muy distinto en el futuro.

Por aquel entonces, las Comisiones Médicas Jurisdiccionales de Ley sobre Riesgos de Trabajo procesaban los siniestros de trabajo con demoras, con su tradicional restricción y reticencia, sin muchos recursos técnicos, aunque con cierto ritmo. Pero al sobrevenir la pandemia, cerraron sus ventanillas y sólo volvieron a abrirlas parcial y parsimoniosamente un año después.

El Colegio de Abogados de Córdoba se vio obligado a presentar un recurso de amparo para solucionar el colapso gestacional de la Comisión Médica de Córdoba. La Cámara Contencioso-administrativa de 1ª Nominación realizó audiencias con la presencia de las máximas autoridades de la SRT.

Esa demanda dio algunos frutos. Un año después de estallada la pandemia, la SRT dictó la Res. 20 del 14/4/21 implementado una serie de medidas destinadas a abreviar los trámites. Se generó una determinación abreviada de incapacidad, se admite un acuerdo de compensación económica entre el trabajador de alta sin incapacidad y la A.R.T., y la posibilidad de evitar la audiencia médica presencial o instrumentarla mediante la forma no presencial.

Se supone que las CM vienen a aggiornarse procesalmente luego de un largo y tedioso lapso de dudas en que miles de trabajadores siniestrados quedaron a la intemperie, sin cobertura administrativa en los siniestros, justamente cuando más se necesitaba una respuesta de atención frente a las dolencias derivadas del coronavirus.

## ESCENA II

La Ley de Reforma Procesal Laboral Nro. 10596 de fines de 2018 consagró a texto expreso la digitalización total y la videograbación del nuevo Procedimiento Declarativo Abreviado. Meses después el Poder Judicial de Córdoba reglamentó el expediente electrónico laboral para regir a partir de noviembre de 2019 según Acuerdo Reglamentario Nro. 1586, Serie E, 21/8/19.

Esta revolución procesal reclamada desde hace casi una década por operadores del foro, comenzó a instrumentarse rápidamente, no sin tropiezos, pero dando obvios beneficios de celeridad en forma inmediata. Una decisión obvia, pero demorada inexplicablemente. Pruebas al canto. En el marco de la XIII Jornadas del Centro de la República organizadas por la AADTSSC, los días 21 y 22 de agosto de 2014, el juez del Trabajo de Brasil, Ro-

dríguez García Schwartz explicó con lujos de detalles y en pantalla gigante a un auditorio completo de Colegio de Abogados y en audiencia especial ante la Sala Laboral en pleno del Tribunal Superior de Justicia, el funcionamiento del proceso digital laboral. Estaba implementado en el país hermano desde comienzos de la década. Y no era la primera vez que se hablaba sobre la necesidad de abandonar el papel y cambiar el proceso laboral.

La pandemia obligó a acelerar el proceso de adopción de nuevos recursos tecnológicos en el fuero laboral con el dicado, entre otras normas, el Acuerdo Reglamentario Nro. 1623 Serie A, Anexo III y IV del 26/4/20 relativos a los protocolos de actuación mediante modalidad de teletrabajo durante la emergencia sanitaria.

## ESCENA III

Luego de muchos años de espera, finalmente en 2021, si inauguró el nuevo edificio unificado del Fuero Laboral en el Polo Judicial de Córdoba. No es poca cosa: durante décadas estaba compartimentado en dos edificios, Tribunales I y el antiguo edificio del Ministerio de Obras Públicas. Las instalaciones eran inadecuadas para un desempeño medianamente cómodo del proceso laboral. Este año, los funcionarios, empleados y abogados, pero esencialmente los usuarios y verdaderos destinatarios de la labor del servicio de justicia laboral, los trabajadores y los empleadores, pueden acceder a un edificio adecuado, muy cómodo. Tal vez pueda ser un tema menor para algunos, pero se disponen de baños dignos para quienes acceden al edificio.

Se trata de una inversión pública en espacios, oficinas, lugares de circulación que enorgullece a la Justicia de Córdoba. Inclusive, allí se instalarán en el futuro los bustos del fundador del Derecho del Trabajo de Argentina, Juan Biale Massé y del redactor principal de la Ley de Contrato de Trabajo Norberto Centeno, dos símbolos muy fuertes.

El continente y los gestos simbólicos son importantes, pero lo que es sustancialmente fundamental, resulta lo que ocurre dentro del edificio con respecto a su objeto: la tramitación de causas laborales y el dictado de sentencias.

## ESCENA IV

El Fuero Laboral está en crisis. La emisión de sentencias demora, desde la interposición de la demanda, un plazo superior promedio a los cuatro años. El sistema procesal no da para más. Fue útil y eficaz en otra época con la arquitectura de un juzgado de conciliación e instrucción y una cámara colegiada de examen final de la causa y de dictado de sentencia.



Eran las ideas de los años 50 del siglo pasado plasmadas en la Ley 4163 y ratificados en el Código Procesal del Trabajo Ley 7987. Ante las demoras, sobrevino la supresión de la colegiación rediseñándose mediante un juez unipersonal en instancia única y definitiva. Aun así, no fue suficiente. Un sistema alambicado, ritualista, sin la adecuación de estructuras al incremento de las causas, la ausencia de estudios sobre procesos, la falta de incorporación de nuevas tecnologías de la información y comunicación, entre otros factores, llevaron al estado actual.

La privación del acceso a tutela judicial efectiva laboral por mora es un hecho notorio, consumado, constatable y debilitador sino destructor de derechos de orden público laboral. Aquel tiempo que insume un juicio laboral es escandalosamente flexibilizador porque obliga a los trabajadores aceptar acuerdos que encubren reales renunciaciones de derecho por la lejanía temporal del dictado de sentencias. E inclusive, la instancia del Tribunal Superior de Justicia en el dictado de sentencias relativos a los recursos de casación, ayuda a completar, con sus tiempos insostenibles, el cuadro de una Justicia Laboral que debe cambiar radicalmente.

Finalmente, y luego de cinco suspensiones, se puso en vigencia a partir del 1/4/21 de modo parcial y acotada la Reforma Procesal Laboral de la Ley 10596. No es un cambio estructural ni definitivo, pero constituye el primer capítulo de la revisión completa del proceso laboral. Se realizaron ajustes a varios tópicos del proceso, pero en lo nuclear, creó un proceso abreviado dirigido a 22 hipótesis de causas catalogables como de menor complejidad. Se trata de un modelo concentrado, oral, breve, ágil y digitalizado a cargo de los juzgados de Conciliación y Trabajo. Estos tribunales están dotados de facultades para dirigir, sanear y sintetizar los trámites para dictar sentencias en primera instancia dentro de un plazo estimativo de unos pocos meses. Luego se podrá cerrar la garantía del derecho defensa de las partes mediante la apelación, un doble conforme, ante la Cámara Única del Trabajo de Córdoba y las cámaras del Trabajo en los casos de Villa María, Río Cuarto y San Francisco.

Es cierto que hubo frenos a su implementación por razones presupuestarias y también por la falta de decisión política del Poder Ejecutivo y del propio seno del sector judicial. Algunos operadores fueron reticentes y contribuyeron a ralentizar los cambios.

Todo eso concluyó cuando la pandemia vino a revelar que la mora judicial laboral para el dictado de sentencias se agravó. Pero a la vez, como toda situación de crisis, incertidumbre y angustia aunó buenas voluntades. A partir de 2021 se enderezaron varios factores, el nuevo edificio, la irrupción de medios digitales, un cambio de cultura ritual, reclamos de operadores del derecho, la ley de reforma procesal, llevando al convencimiento de que el anterior proceso no daba para más. Inclusive, a nivel regional sudamericano, países de Chile, Uruguay, Perú y el mencionado Brasil, completaron hace años reformas procesales laborales que dejaron atrás los juicios laborales con plazos decimonónicos. Es más, el Fuero Civil y Comercial de Córdoba se adelantó a instrumentar procesos abreviados digitalizados y con videograbaciones.

## ESCENA V

La deuda judicial con los trabajadores, ha comenzado a saldarse y la aceptación general de la necesidad de reformas procesales urgentes quedó plasmada, en el "Protocolo de Gestión del Procedimiento Declarativo Abreviado", Acuerdo Reglamentario Nro. 1689 serie "A" de fecha 25/03/21, aparte del entusiasmo de la mayoría de los funcionarios judiciales y abogados laboristas. Se dice la mayoría porque claro, hay quienes se apegan a viejos rituales, permanecen en la inacción o resisten los cambios en la ortodoxia, sin advertir o no querer hacerse cargo de la importancia que posee para asegurar el derecho de fondo, liquidar la demora no razonable en el proceso. Y hay otros que, directamente, especulan con el estiramiento de las causas para lograr ventajas procesales, mejorar sus posiciones de fuerza y desgastar a la contraparte más débil, los trabajadores.



Pues bien, ese protocolo ha estudiado y debatido el nuevo procedimiento y recuerda al fin la necesidad apremiante de tomarse en serio los principios de inmediación, celeridad, concentración, *búsqueda de la verdad real*, moralidad, buena fe y colaboración procesal, simplificación y flexibilidad de las formas, publicidad y transparencia, tutela judicial efectiva, debido proceso, oficiosidad, eficacia, economía procesal y concreción del proceso en plazo razonable (art. 4); ratifica el empoderamiento del juez como director del proceso (art. 3), simplifica la recepción de las audiencias del PDA (arts. 5 y 6), impulsa la gestión acelerada de la prueba (art. 6) y lo que es más importante, el dictado de la sentencia prontamente, “en el momento” si es posible (art. 6 d).

Se destaca el espíritu del nuevo ritual: “Teniendo en cuenta que en la estructura del proceso oral se prescinde de formas sacramentales, y en consonancia con los nuevos paradigmas generales, los magistrados deberán expresar y redactar las resoluciones en términos claros y comprensibles para el justiciable, prescindiendo de formulaciones y citas dogmáticas innecesarias”. Es una muestra clara de una nueva racionalidad procesal dirigida más a la gente que al interior de tribunales o el estrecho ágora de los operadores técnicos del derecho. Hacía falta.

## ESCENA FINAL

En suma, se modificó el proceso administrativo para siniestros laborales, se implantó el proceso electrónico, se ajustó el trabajo en pandemia, se tiene nuevo edificio y nuevo procedimiento laboral. Se está en el minuto cero de un cambio completo y total del paradigma de acceso a la justicia y aparece de modo tutelar para los más débiles de las relaciones sociales y laborales en cuanto a los tiempos procesales, por lo menos. Faltan muchos otros actos pero se dejan para otro artículo.

Se decía que la lentitud de los tribunales no es nueva. En la escena más recordada de la historia del teatro, aquella de “ser o no ser, he ahí el problema”, Hamlet, el atormentado, el irresoluto personaje, se pregunta: “¿Quién sufriera del tiempo la irrisión y vil escarnio, del opresor el yugo, los ultrajes del orgulloso, el ansia, los tormentos de un mal pagado amor, **de la justicia su lentitud**, del mando la insolencia (...), pudiendo por sí mismo procurarse con un puñal reposo?”. Gracias a William Shakespeare, todo esto tuvo que oír el Rey oculto en la sala del castillo. Esto fue escrito hace apenas 420 años. Siempre hace falta que el rey escuche.





**Nicolás Astegiano<sup>1</sup>**

# Sobre la Naturaleza de **LAS RELACIONES EXCLUÍDAS DEL DECRETO 326/56**

y sus proyecciones  
en la Ley 26.844:  
Un fallo  
esclarecedor





Cuando a mediados del año 2013 fuimos convocados a participar en diferentes eventos relacionados con el por entonces flamante “Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares” sancionado por ley 26.844, publicada en el Boletín Oficial el día 12 de abril de 2013, destacábamos y celebrábamos, entre otros muchos avances, que su artículo primero, al definir el ámbito de aplicación del nuevo estatuto, prescindía del llamado “factor temporal” o “requisito temporal”, diferenciándose así de su antecesor, despejando cualquier posibilidad interpretativa que conllevara a marginar a ciertas relaciones laborales de su ámbito de actuación.

Recordemos que el derogado decreto 326/56, antecesor de la ley 26.844 exigía para que una relación quedase comprendida en su ámbito de actuación, un tiempo mínimo de prestación de servicios, de tal suerte que no resultaba de aplicación “... *para quienes presten sus servicios por tiempo inferior a un mes, trabajen menos de cuatro horas por día o lo hagan por menos de cuatro días a la semana para el mismo empleador*”.

Decíamos entonces que la inexistencia de exclusiones fundadas en una cuestión temporal (trabajar menos de un mes o menos de cuatro horas por día o menos de cuatro días a la semana) resultaba lógica y coherente toda vez que el factor temporal, esto es la mayor o menor extensión de la prestación en el tiempo, nunca ha sido determinante para definir la existencia o inexistencia de una relación laboral que, en todo caso se define a partir de la subordinación jurídica, técnica y económica y no por la extensión o intensidad temporal de la prestación, que en todo caso será un elemento más a tener en cuenta, entre otros, para definir en el caso concreto si hay o no hay subordinación y consecuentemente relación laboral.

Asimismo apuntábamos que en vigencia del decreto 326/56 solía darse por sentado –equivocadamente a nuestro entender– que toda vez que la prestación de servicios lo fuera por menos de un mes o por menos cuatro días a la semana o por menos de cuatro horas diarias, no existía relación laboral, sino un contrato de naturaleza civil, puntualmente una locación de servicios.

La posición que por entonces sosteníamos encontraba un amplio respaldo en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba que sostuvo reiteradamente en causas como “Sandoval Norma c/ Sucesión de José Gabriel Funes – Demanda Laboral – Rec. De Casación”<sup>2</sup>, “González Ermelinda C/ Benita Bustos de Pisano – Demanda – Recurso de Casación”<sup>3</sup> o “Badra María Eva C/ María Balocco – Despido – Recurso de asación”<sup>4</sup> que este tipo de relaciones en la que las trabajadoras no cumplían un mínimo de cuatro horas diarias de labor, cuatro veces a la semana, configuraban un típico contrato de trabajo dependiente, pese a encontrarse excluidos del estatuto creado por el decreto 326/56.



Sin embargo, este criterio, al que adheríamos, no era unánime. Así podía verse en el voto mayoritario de la Sala 10<sup>a</sup> de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en autos “Maya Salinas, Raidelinda c/ Catalano Alfredo”<sup>5</sup> sentencia del 28/04/2003 –con disidencia del Dr. Simón– en el que se concluyó en que “*la relación entre una persona física que presta servicios domésticos menos de cuatro horas diarias y el beneficiario de dichos servicios es de carácter autónomo y constituye un contrato de locación de servicios propios del ámbito civil*”.

La vigencia del nuevo régimen especial, no deja dudas que este tipo de relaciones, anteriormente denominadas “por horas”, han sido ahora expresamente contempladas, lo cual se corresponde con la naturaleza inclusiva, protectoria y tuitiva de la legislación laboral, dando adecuado cumplimiento al mandato constitucional que garantiza la protección del trabajo en sus diversas formas y al principio de progresividad de los derechos sociales.

No obstante advertíamos en aquel entonces que el debate entre los criterios antes expuestos respecto de la naturaleza de aquellas relaciones que no se encontraban atrapadas por el decreto 326/56 no habían quedado relegados al campo de lo meramente especulativo, sino que los mismos proyectaban –y proyectan– sus consecuencias en la transición hacia el nuevo régimen legal, toda vez que una y otra posición conducían a soluciones diferentes cuando se

2 Tribunal Superior de Justicia de Córdoba – Sala Laboral – Sentencia Nº 158/94.

3 Tribunal Superior de Justicia de Córdoba – Sala Laboral – Sentencia Nº 2/96

4 Tribunal Superior de Justicia de Córdoba – Sala Laboral – Sentencia Nº 114/99.

5 Sentencia del 28/04/2003 con voto en disidencia del Dr. Simón, quien afirmó, con un criterio incluso mas amplio que el del Tribunal Superior de la provincia de Córdoba que: “La prestación de servicios domésticos por menos de cuatro horas diarias, si bien no encuadra en el art. 1º, dec. 326/1956, debe regirse por el estatuto específico del servicio doméstico y no por la legislación aplicable a la locación de servicios, por aplicación del art. 111 LCT –que manda a aplicar e interpretar la ley según los principios de justicia social, generales del derecho del trabajo, equidad y buena fe–, constituyendo una derivación del principio protectorio y una regla de interpretación”.



tratase de definir, por ejemplo, la antigüedad de un trabajador que anteriormente se desempeñaba “por horas” y los consecuentes derechos y beneficios que se acuerdan en función de ella como es el caso de las vacaciones, indemnizaciones, etc.

Con el decurso de los años, lo que planteábamos a título ejemplificativa llego a ventilarse en los Tribunales Cordobeses.

Así fue como la sala V tuvo la oportunidad de expedirse en autos **“BARRIONUEVO, LILIANA DEL VALLE C/ ALTAMIRANO, ESTELA HAYDEE – ORDINARIO – ESTATUTOS ESPECIALES” – EXPTE N° 3255201<sup>6</sup>.**

Allí la actora reclamó las indemnizaciones derivadas del despido, las que fueron acogidas por el Tribunal. Sin embargo a los fines de determinar el monto de la indemnización por antigüedad, tratándose de un vínculo iniciado en 2006, en el que la actora laboraba solo una vez por semana, la Sala entendió que al haberse verificado “que la accionante prestaba tareas en menos horas de las que exigía el régimen legal –en referencia al decreto 326/56- para ser incluido bajo de su amparo... le asiste la razón a la demandada al señalar que no había relación de empleo y decimos nosotros, dentro del ámbito de protección del decreto 326/56 conforme se ha descripto el horario cumplido y las condiciones de laboriosidad”. Argumentó el Tribunal que “La relación preexistente hasta la entrada en vigencia de la ley 26.844 no era de tipo laboral. En consecuencia, no puede atribuirse como fecha de inicio de la relación laboral en el mes de febrero del año 2006” reforzando su convicción

al afirmar que “... la relación civil, preexistente al momento de entrada en vigencia de la ley 26.844 se transformó en laboral a partir del veinte de abril de dos mil trece (20.04.2013), fecha que debe tenerse como de comienzo de la relación laboral entre Barriónuevo y Altamirano”.

Contra este pronunciamiento que recortaba la antigüedad invocada por la actora en la demanda, ésta interpuso recurso de casación, siendo concedido el mismo por ante el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia.

Finalmente, el 13 de octubre de 2020, el Superior Provincial se expidió haciendo lugar a la pretensión de la actora.

Sostuvo allí que “Por la fecha de finiquito del contrato la ley que regía la relación era la número 26.844, conforme la conclusión a la que arriba el a quo. Ahora bien, ese es el ordenamiento que rige todo el periplo laboral, según la letra del art. 3 del C.C. Velezano, hoy 7 del C.C. y C. N., en cuanto alcanza a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes. La nueva ley cuando “toca” relaciones pasadas, no implica retroactividad porque únicamente afecta consecuencias de hechos y actos no acaecidos. Por ello, el efecto inmediato que se supone más justo, es constitucional. Entonces, la escisión que efectúa el Tribunal de una parte del vínculo, incluso calificándola con una naturaleza extraña, luce alejada de los principios generales que gobiernan el derecho laboral. Más aún, si antes entendió probada permanencia y dependencia por un número considerable de años”.

6 Sentencia N° 143 de fecha 25 de abril de 2018 dictada por la Excm. Sala V de la Cámara del Trabajo con integración unipersonal a cargo del Dr. Alcides Segundo Ferreyra.

7 TSJ – Sala Laboral – Sentencia 214 de fecha 13/10/20 – Autos “BARRIONUEVO LILIANA DEL VALLE C/ ALTAMIRANO ESTELA HAYDEE - ORDINARIO – ESTATUTOS ESPECIALES” RECURSO DE CASACION – 3255201”.



Del considerando transcripto, que es el que contiene la fundamentación del decisorio, resulta una clara ratificación de la jurisprudencia que a lo largo de los años el propio Tribunal Superior fue cimentando –véanse citas 1, 2 y 3- en el sentido de considerar que aún cuando la prestación de servicios no se encontraba comprendida por ausencia del “requisito temporal” dentro del Decreto 326/56, la misma no dejaba de ser de “naturaleza laboral” de modo tal que dicho vínculo califica como contrato de trabajo.

A su vez, el análisis de los artículo 3 del derogado Código Civil de Vélez Sarsfield y su equivalente en el nuevo C.C.C.N. –artículo 7- deja en claro que todas los hechos y actos que acaezcan en vigencia del nuevo estatuto legal, se rigen por su normativa, aún cuando se tratase de un contrato nacido al amparo del viejo decreto. Entre ellas, la cuantificación indemnizatoria, cuando el despido tuvo lugar en vigencia del nuevo régimen legal.

Finalmente, el fallo sienta una directriz interpretativa al nulificar una solución que se aleja de “los principios generales que gobiernan el derecho del trabajo”.

En síntesis, en el caso concreto el Tribunal Superior de Justicia ratifica que las prestaciones no alcanzadas por el decreto 326/56 en función de la ausencia del “requisito temporal” eran de naturaleza laboral, mas allá de que el decreto no les resultara aplicable y que el periodo trabajado en tales condiciones debe ser computado a los fines de los derechos y beneficios que con fundamento en la antigüedad del trabajador otorga el nuevo régimen legal.

Y como doctrina judicial, traza una interesante línea interpretativa que ratifican la plena vigencia del protectorio laboral, el principio de progresividad y el de justicia social.





**Elizabeth Verónica Bianchi<sup>1</sup>**



**Marcelo Romero Serna<sup>2</sup>**

# LAS ADICCIONES EN EL MUNDO DEL TRABAJO



<sup>1</sup> Abogada UNC. Especialista en Relaciones laborales del Centro Internacional de Formación de la OIT de Turín y Universidad de Castilla la Mancha. Ex Asesora Sindical. Docente de Posgrado. Diplomada en Derecho Colectivo y de Relaciones Laborales, RRHH y Responsabilidad Social empresarial, entre otras. Desde el año 2004 se desempeña en el Ministerio de Trabajo de la Provincia de Córdoba, en diferentes áreas y cargos: Directora de Área Reclamos Individuales. Directora de Delegaciones del Interior Directora General de Relaciones Laborales, Inspección, Higiene y Seguridad del Trabajo. Actualmente desde diciembre de 2019 se desempeña en el cargo de Secretaria de Trabajo y Relaciones Laborales del Ministerio de Trabajo de la Provincia de Córdoba. Presidenta de la AADTySS de Córdoba-2021/2023.

<sup>2</sup> Abogado - UNC 2002. Ejercicio liberal de la profesión con especialidad Derecho del Trabajo. Director de Jurisdicción de Protección Laboral y de Trabajo Decente, y Coordinador Operativo de la Mesa de Enlace para la Prevención de Adicciones en el Mundo del Trabajo del Ministerio de Trabajo de la provincia de Córdoba de Córdoba. Miembro del Centro de Operaciones de Emergencias de la provincia de Córdoba en el año 2020. Ex Docente de Posgrado en la especialización en Derecho del Trabajo - Universidad de Belgrano.



## I. INTRODUCCIÓN

Si bien conocemos, escuchamos o relacionamos el tema de las adicciones al ámbito social de las personas, dicha problemática existe o es trasladada y tiene incidencias en el mundo del trabajo, encontrándonos con un hecho de trascendencia jurídica en el contrato de trabajo, que adolece de tratamiento jurídico. Y a esta inexistencia de un marco jurídico idóneo para tratar la problemática, vemos la necesidad de dar tratamiento a la problemática, toda vez que aparecen una multiplicidad de circunstancias que afectan el normal desenvolvimiento de la relación laboral.

Como operadores jurídicos, antes de ingresar a la cuestión en sí misma, es necesario brindar un marco médico-científico el cual será el objeto a normar, la base de estudio indispensable para responder adecuadamente ante la circunstancia fáctica frente a la cual se pretende dar tratamiento. Es así que la primera pregunta que debemos formularnos es aquella que nos debe llevar a conceptualizar el hecho que requiere la respuesta jurídica.

## II. DEFINICIÓN DE ADICCIONES

Así, tenemos que las adicciones son *los trastornos mentales y del comportamiento que se desarrollan como resultado del consumo de sustancias predominantemente psicoactivas, lo que incluye los medicamentos, o comportamientos específicos y repetitivos de búsqueda de recompensa y de refuerzo*.

Es fundamental poner de manifiesto que se trata de una cuestión conductual. Quedarnos en las adicciones solo como el consumo de sustancias psicoactivas, nos llevaría a un peligroso reduccionismo que dejaría fuera de consideración aquellas adicciones comportamentales. De manera tal, la óptica para abordar jurídicamente la problemática, exige que incluyamos dentro del concepto “adicciones” a todos aquellos comportamientos específicos y repetitivos de búsqueda de recompensa y esfuerzo, ya sea a través del consumo de sustancias o comportamientos específicos.

Desde otro costado, la cuestión tampoco queda solamente en aquellos desórdenes que impliquen el consumo compulsivo de sustancias o conductas que el sujeto no puede evitar.

## III. CLASIFICACIÓN DE LAS ADICCIONES

Así, siguiendo una de las clasificaciones que los expertos dan a las adicciones, decimos que estas conductas pueden darse en el uso, en el abuso y en la adicción propiamente dicha o llamada también “dependencia”.

\* **Uso:** Cuando la conducta no se realiza de forma continuada. La persona es capaz de interrumpir la acción en cualquier momento que se le solicite o que lo desee para dedicarse a otra actividad, sin que ello le produzca ningún problema o disgusto y no se detectan consecuencias inmediatas sobre el consumidor ni sobre su entorno. Nos atrevemos a decir que en este concepto entramos al menos la gran mayoría de los seres humanos, cuando hacemos uso de sustancias o de un determinado comportamiento potencialmente adictivo pero sin incurrir en una conducta disruptiva: disfrutar una copa de vino, hacer una apuesta en la lotería, etc. No incluye el consumo de sustancias o conductas prohibidas por la ley. Esta categoría no hace a una preocupación real y actual, si no solamente potencial y se responde con concientización (vgr. “no tomar alcohol si vas a conducir un vehículo”) y sensibilización (vgr. “si te excedes en el juego podés perder mucho más que tu dinero”).

\* **Abuso:** Cuando la conducta es desadaptativa. La persona necesita recurrir a ese comportamiento o al consumo de la sustancia para poder llevar adelante sus actividades. La persona que hace abuso de la sustancia o comportamiento, recurre a ello como una condición inevitable frente a determinada circunstancia: “antes de salir (o cuando salgo) a divertirme necesito tomar alcohol para desinhibirme, si no la voy a pasar mal”, “se que me va a doler la cabeza cuando entre al curso a dar clases, necesito tomar un analgésico antes de entrar”, “debo pasar a jugar unas fichas en el casino para juntar algo de dinero para llegar a fin de mes, si no, no voy a poder”, etc. Más allá de ideas preconcebidas, en cada caso tenemos que analizar los diversos elementos referentes a las sustancias, a las pautas de consumo y al contexto personal y social en el que el consumo tiene lugar, antes de decidir si nos encontramos en presencia de una situación de uso o de abuso. No basta con fijarse en la frecuencia, porque podrían darse consumos esporádicos en los que el sujeto abusara rotundamente de la sustancia. Tampoco podemos atender sólo a la cantidad, ya que podría haber consumos en apariencia no excesivos, pero repetidos con tanta frecuencia que estarían sugiriendo alguna forma de dependencia. Tampoco es ajeno a este proceso el estado en que se encuentre el consumidor, ya que, por ejemplo, un mismo consumo moderado de alcohol puede derivar en abuso si el sujeto está tomando tranquilizantes prescritos por su médico. Es preciso también poner la vista sobre el entorno del sujeto, ya que podría darse un consumo de drogas que además de perjudicar al sujeto, afectara gravemente a terceros.

\* **Adicción o dependencia:** Siguiendo a la Organización Mundial de la Salud, podemos entender la dependencia como aquella pauta de comportamiento en la que se prioriza el uso de una sustancia psicoactiva (o comportamiento) frente a otras conductas consideradas antes como más importantes. El consumo de drogas o ese comportamiento, que quizás empezó como una experiencia esporádica sin aparente trascendencia, pasa a convertirse así en una conducta en torno a la cual se organiza la vida del sujeto. Este dedicará la mayor parte de su tiempo a pensar en el consumo de drogas, a buscarlas, a obtener financiación para comprarlas, a consumirlas, a recuperarse de sus efectos, etc. La persona ha ido adaptando sus necesidades a ese comportamiento, supliendo con ello su necesidad de emoción, compañía, reto, superación, distracción, etc.



## IV. CONSECUENCIAS

Determinada la clasificación de adicciones, es necesario, entonces, avanzar en otros conceptos en pos de delimitar esta necesidad de regulación. Como primera cuestión, el trabajador adicto está padeciendo una enfermedad y la enfermedad no es meramente psiquiátrica. Va más allá de un padecimiento psiquiátrico y tal como hemos dicho anteriormente, es una derivación mucho más profunda que un mero desorden psiquiátrico y que hace a una cuestión comportamental.

Pero peor aún, esta cuestión comportamental afecta no solamente al trabajador adicto, si no que va más allá y potencialmente genera circunstancias dentro del ámbito laboral que podrían poner en riesgo la salud y la integridad física propia y de terceros, por lo que podemos decir que en el marco de las relaciones laborales, la problemática de las adicciones hace al marco de la salud y la seguridad en el trabajo.

Pero también afecta inevitablemente a la producción, toda vez que un trabajador que padece esta enfermedad podría encontrarse afectado de tal manera que podría generar errores en el proceso productivo, ausencias reiteradas y/o prolongadas justificadas o no, pérdida de sociabilidad con sus compañeros, rechazo de parte del entorno, etc. En este sentido tenemos que hacer un paréntesis. La experiencia nos muestra que han existido casos en que el trabajador bajo el efecto de ciertas sustancias, mejora su rendimiento físico en el trabajo y ello ha llevado a ciertos empleadores a consentir la situación u omitir el tratamiento. Destacamos que en mediano o largo plazo, estas mejoras en el rendimiento se volverán inevitablemente como boomerang sobre ese trabajador, cuando la adicción sea tal que repercuta en su salud, a veces de manera fatal e irreversible, por lo que la situación descrita solo podría beneficiar en muy contados casos al empleador en el muy corto lapso de tiempo.

Para resumir, la necesidad de brindar un marco jurídico a la cuestión de las adicciones aparece como respuesta a distintas cuestiones, tales como:

- Proactividad ante una problemática de salud del trabajador.
- Inexistencia de un marco jurídico específico.
- Necesidad urgente de generar caminos para el triple objeto: prevención - contención - reencauzamiento de la relación laboral.
- Hacer del ámbito laboral un medio ambiente sano y seguro.
- Prevenir y evitar conflictos jurídicos en la relación laboral.
- Productividad.
- Etc.

Del análisis de distintos casos surge que en la actualidad, ante una situación de adicción de un trabajador que repercute en el ámbito laboral, lo usual en el mejor de los casos es recurrir a la normativa de las enfermedades inculpables -(entendidas como las contingencias que sufren los trabajadores/as y que no tienen origen en el trabajo - Consagradas en la LCT Título 10 Capítulo I del art. 208 al 213)- para que ese trabajador goce de una licencia por su situación psiquiátrica (cuando no se procura el despido del trabajador para deshacerse del problema). Pero hemos visto que ello jamás será adecuado ni suficiente. Entre otras, hay dos cuestiones que tornan inconveniente tal tratamiento: 1) Terapéuticamente, despojar al trabajador de sus responsabilidades laborales, en la grandísima mayoría de los casos, resulta aún más nocivo para su situación y tiende a profundizar su enfermedad. Aquí es importante despojar la idea que una persona que padece de adicciones no debe o no puede trabajar, y más aún pensar que debe estar internada en centros terapéuticos, obviamente según el grado de la adicción que padece. 2) Las licencias médicas inculpables remuneradas se agotan y cuando comienza el periodo de reserva de puesto, automáticamente da lugar al conflicto ya que ese trabajador va a pretender reintegrarse, normalmente sin el tratamiento adecuado y con el problema subsistente.



## V. DEFINICIÓN DE ADICCIONES EN EL TRABAJO

Dado este marco médico y jurídico de la problemática, debemos unir ambas cuestiones y conceptualizar lo que son las adicciones en el trabajo. Y decimos que son: *“aquellos trastornos comportamentales y de consumo de sustancias que altera la normal percepción de la realidad y/o disminuye la respuesta física y/o coordinación de movimientos de un trabajador en el cumplimiento de sus tareas en relación de dependencia, susceptible de poner en riesgo su vida o integridad física y la de quienes lo rodean y de producir errores en el proceso productivo, ya sea que el consumo de la sustancia o la conducta adictiva sea dentro del establecimiento o fuera de él.*

Ahora bien, dijimos ya que adolecemos en nuestro país de un marco jurídico que contenga la problemática. Y con lo poco que hemos desarrollado hasta aquí (que solo refleja de manera muy sucinta y aproximativamente la cuestión), podemos afirmar que estamos ante una problemática grave que exige un tratamiento específico para el trabajador enfermo, por el empleador que no sabe qué hacer frente a la problemática dentro de su empresa y en pos de preservar el contrato de trabajo.

En la búsqueda de soluciones y a los fines del tratamiento de esta problemática, en el marco de CTIO-Comisión Tripartita de igualdad de trato y oportunidades en el mundo del trabajo, donde además se desarrollan líneas de trabajo como el tratamiento y atención de los reclamos y denuncias por violencia laboral con el Protocolo N° 099/2017, las nuevas tecnologías y su impacto en el mundo del trabajo, el género y la igualdad de trato y oportunidades, las tareas de cuidado y domésticas no remuneradas, segregación ocupacional y brecha salarial entre otras, el Ministerio de Trabajo de la provincia de Córdoba incorpora a dicha Comisión la temática de las adicciones en el mundo del trabajo.

Por ello el 30 de noviembre de 2017, el Ministerio de Trabajo, a través de la Secretaría de Trabajo y Relaciones Laborales, y el Ministerio de Salud de la provincia de Córdoba a través de la Secretaría de Prevención y Asistencia de las Adicciones, firmaron un convenio para el trabajo conjunto en la temática, dando nacimiento al “Programa de Prevención y Asistencia de las Adicciones en el Ámbito Laboral”, como parte específica del Plan Provincial de Prevención y Asistencia de las Adicciones que funciona en la órbita de la ya mencionada Secretaría dependiente del Ministerio de Salud, dicho plan fue puesto en marcha en diciembre de 2016 y se desarrolla en dos ejes, la prevención escolar, trabajando desde el nivel inicial hasta el secundario, y la prevención territorial, desarrollando estrategias de prevención y promoción de la salud en los distintos barrios de la Ciudad, y en el interior de la provincia, al que desde 2017 se agrega el eje de la prevención en el trabajo.

Luego de algunas acciones iniciáticas consistentes en capacitaciones específicas para sectores sindicales, empresariales, profesionales entre otros,





nace la “Mesa de Enlace para la Prevención y Asistencia de las Adicciones”, con objeto de convertirse en un ámbito de trabajo transversal, multidisciplinario, y de articulación público y privado, con representatividad sindical, empresario, entidades públicas y privadas interesadas en la materia, para la elaboración de políticas dirigidas a la contención de la problemática de las adicciones en el trabajo.

Esta “Mesa de Enlace” desarrolla distintas acciones de capacitación y sensibilización, pero lo más interesante para este artículo, será reflejar dos instrumentos que tienen como objetivo, suplir en alguna medida la inexistencia de un marco específico y propio, a través de la adaptación de normas generales y procedimentales para el tratamiento de la cuestión.

El primer instrumento en el año 2018 fue el cuadernillo de “Recomendaciones para la Prevención y Asistencia de las Adicciones en el Ámbito Laboral”. Este instrumento, publicado en la página web (<https://www.cba.gov.ar/material-de-difusion/secretaria-de-prevencion-y-asistencia-de-las-adicciones/>) de la Secretaría de Prevención y Asistencia de las Adicciones del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, tiene por objeto transmitir una serie de recomendaciones para el tratamiento de la cuestión en ámbitos laborales, a partir de aportar herramientas a empresarios, trabajadores y representantes, para poder realizar una primera aproximación a la problemática. No pretende ser suficiente para tratar la cuestión (ya que ello requiere asistencia profesional), pero sí herramientas para poder realizar una primera aproximación, sensibilizar ante la problemática y contenerla. Estas recomendaciones son la base conceptual y material de lectura a la hora de completar su contenido a través de la capacitación que se dicta desde la misma Mesa de Enlace.

## **VI. PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y ASISTENCIA DE LAS ADICCIONES EN EL TRABAJO -RESOLUCIÓN 205/2019- MINISTERIO DE TRABAJO**

Y el otro hito de la Mesa de Enlace se da en el año 2019, con el desarrollo de un trabajo multisectorial conjunto que redunda en el Protocolo de Actuación del Ministerio de Trabajo de la Provincia de Córdoba para la Prevención y Asistencia de las Adicciones en el Trabajo, aprobado por Resolución N° 205/2019 de fecha 14/08/2019 del Sr. Ministro de Trabajo de la Provincia de Córdoba.

Según reza la misma norma, decimos que dicho Protocolo es un instrumento jurídico por el cual se procura ordenar el procedimiento administrativo previsto por ley 8.015 para determinar la forma de intervención



*de los funcionarios del Ministerio de Trabajo ante requerimiento de cualquier persona con interés legítimo en una relación laboral, a los fines de proteger la vida y la salud del trabajador que presente trastornos por consumo de sustancias o conductas adictivas y de quienes lo rodean en el ámbito de trabajo, procurando la continuidad y reconducción del contrato de trabajo.*

Se trata, entonces, de un instrumento por el cual se procura establecer las medidas y acciones que deben ser adoptadas por los funcionarios del Ministerio de Trabajo con la colaboración de profesionales especialistas de la Secretaría de Prevención y Asistencia de las Adicciones y/o de las RAAC, a los fines de generar acciones preventivas y de asistencia en caso de conflictos que se susciten en el seno de una relación laboral por los trastornos por consumo de sustancias o conductas adictivas, previendo la participación de los distintos actores del mundo laboral, especialmente el sector empleador y el sector gremial.

El Protocolo cuenta con tres niveles de actuación:

\* **Prevención Primaria** de las adicciones en el trabajo: Es el conjunto de acciones tendientes a evitar o disminuir la aparición de conductas de consumo asociadas a trastornos por consumo de sustancias o comportamientos adictivos, en el ámbito de trabajo y en contextos asociados.

\* **Prevención Secundaria** de las adicciones en el trabajo: Es el conjunto de acciones específicas que pueden llevarse a cabo en el marco de un contrato de trabajo para la prevención de las adicciones y su detección temprana, en el marco de las normas laborales vigentes y teniendo como objetivo fundamental la protección de la salud y la vida del trabajador y de quienes lo rodean en el cumplimiento de sus tareas, con el objetivo de proveer a la protección de su integridad, contención y oportuna atención médica/asistencial especializada. Es primordialmente con un sentido y objeto sanitario.

\* **Asistencia de las adicciones** en el trabajo: Es el conjunto de medidas a adoptar en caso de que el comportamiento que desarrolle el/la trabajador/a, producto del consumo de alguna/s sustancias o

comportamiento adictivo, genere disrupciones laborales afectando su desempeño y/o ponga en riesgo su integridad y la de quienes lo/a rodean, tanto dentro como fuera del espacio de trabajo. Es un procedimiento que procura la contención y seguimiento de la situación del trabajador preservando el contrato de trabajo en un marco de contención sanitaria.

En definitiva, decimos que la Prevención Primaria procura la sensibilización de determinado universo de trabajadores o sector, la Prevención Secundaria procura la intervención profesional para la detección y contención sanitaria de la problemática y la Asistencia tiene como finalidad la intervención jurídica para generar las mejores condiciones para la recuperación del trabajador y la reconducción del contrato de trabajo. Estas intervenciones no son necesariamente excluyentes ni requiere que se den en el orden establecido, debiendo adaptarse a cada caso en relación a sus particularidades.

## VII. CONCLUSIONES

Como podrá inferirse de la lectura de esta primera aproximación a la problemática, se requiere del trabajo inter y multidisciplinario y puntual para cada caso en concreto, cada uno distinto a otro según las particularidades que cada persona trabajador y empleador tiene, pero más difícil seguirá siendo si no se genera un marco jurídico específico y al tratarse de una cuestión de fondo, será materia a regular por el Congreso de la Nación.

Mientras tanto, encontramos en el protocolo de actuación el marco procedimental en la provincia de Córdoba que, claramente, adolece de contenido de fondo, pero resulta útil para el encauzamiento interdisciplinario de la problemática, como así también un ámbito de trabajo que procura políticas superadoras para la prevención y asistencia de las adicciones en ámbito laboral, teniendo como objetivo asesorar, concientizar, prevenir, contener y conciliar en la problemática planteada.





Carlos Roberto Busajm<sup>1</sup>

# Adicción como **CAUSAL DE ENFERMEDAD PROFESIONAL** Superior Tribunal de Justicia de Jujuy



---

<sup>1</sup> Abogado Litigante. Docente en la Cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Docente en la Asignatura de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Facultad de Ciencias Económicas, UNC. Profesor de postgrado invitado a la Carrera de Especialización de Derecho del Trabajo organizado en conjunto entre la Universidad Nacional de Córdoba, Universidad Nacional del Litoral y Universidad Católica de Córdoba. Disertante en temas de Derecho del Trabajo y Riesgos del Trabajo. Profesor invitado en la Carrera de Especialización en Derecho de los Negocios, Organizado por la Secretaría de Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.



## I. ANTECEDENTES

### “SINGULARES” PARA UN VEREDICTO “PARTICULAR”

El apoderado de C.F.M.G. en su representación inicia demanda en contra del Estado de la provincia de Jujuy, persiguiendo la indemnización por los daños y perjuicios que padeciera como consecuencia de una enfermedad profesional, solicitan la declaración de inconstitucionalidad de diversas normas de la ley 24557 y entre ellas el Art. 39 inciso pertinente texto original.

C.F.M.G. cumplía funciones en la Dirección de Toxicomanía y Drogas Peligrosas, luego Dirección de Narcotráfico, actuaba como personal de calle, siendo las tareas que se le asignaban intervenir en operativos espontáneos, detener y requisar personas que estén consumiendo en la vía pública, allanar domicilios en busca de narcóticos. También debía caminar las calles en busca de posibles bocas, teniendo que relacionarse con personas de mal vivir y consumidores de sustancias de todo tipo.

Según afirmó el objetivo de su tarea era comprar sustancias, no importaba el medio para tal fin, de manera que también tuvo que consumir por estar involucrado con gente adicta dado su carácter de efectivo policial encubierto, tenía que vestir de civil y verse como un malviviente adicto, de lo contrario incluso correría serios riesgos su vida.

Relató que al comprar drogas y consumirlas se fue intoxicando, volviéndose adicto, viéndose desgastada su salud mental, convirtiéndose en una persona depresiva.

Intervino una Junta Médica Provincial, que actúa en caso de licencias por cuestiones de salud del personal de la provincia y dictaminó que el actor presentaba una incapacidad de 100% para seguridad y defensa y del 25 % para la actividad civil.

Con sustento en estos hechos es que C.F.M.G. demandó la indemnización por daños y perjuicios a raíz de la enfermedad profesional que afirmó haber contraído en ejercicio de sus funciones específicas como miembro de la fuerza de seguridad. La responsabilidad civil que se le imputa a la Policía de la Provincia y al Estado Provincial, básicamente por incumplimiento al deber de contención, asistencia y seguridad.

El procurador fiscal en representación de la demandada luego de una serie de negativas especiales advierte sobre una posible prejudicialidad impropia como causal de nulidad de la sentencia por cosa juzgada irrita porque el personal policial goza de cobertura a través del sistema de retiro que prevé la ley 3759 a la cual se accede previo trámite administrativo y que culmina con el decreto que determina el retiro del agente. Luego solicitan el rechazo de la pretensión fundada en el derecho común porque el Estado Provincial debe responder en la medida y porcentaje de vinculación causal que se acredite entre el ilícito y el daño. Afirma ausencia de conducta antijurídica y a la ausencia de la relación de causalidad adecuada.

La Sala II, presidida por el Dr. Domingo Antonio Masaccesi, entendió que el listado de enfermedades profesionales es inconstitucional y la afección incapacitante que determinó el perito médico en la causa debe ser considerada como tal, siempre y cuando se demuestre la relación de causalidad con el trabajo cumplido por el actor.

En primer lugar expresó que el texto de la normativa vigente, no incluye al síndrome cerebral orgánico por deterioro cerebral por las drogas como enfermedad profesional, corresponde que en el caso planteado nos pronunciemos sobre si la misma guarda relación causal con las tareas cumplidas y entonces pronunciarnos sobre la inconstitucionalidad del decreto y norma aludida.

Plasmó en su voto que existen numerosos pronunciamientos de los distintos tribunales del país en el sentido que es inconstitucional el artículo 6°, apartado segundo, de la ley 24.557 de riesgos del trabajo (DT, 1995-B, 1980) en tanto excluye toda posibilidad de reparación del infortunio laboral cuando la enfermedad no esté incluida en el listado que elaborará el Poder Ejecutivo Nacional, pues cercena derechos raigambre constitucional.

Siguiendo el criterio sentado declara que el listado de enfermedades profesionales es inconstitucional y la afección incapacitante que determinó el perito médico en autos debe ser considerada como tal **siempre y cuando se demuestre la relación de causalidad con el trabajo cumplido por el actor.**

Despejado el aspecto precedente en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad del Art. 6to. Inc. 2, el magistrado incursiona en la atribución de responsabilidad con fundamento en derecho civil, hace referencia a un precedente compartido por la sala que preside donde se pronunció el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Buenos Aires<sup>2</sup> y se dijo por mayoría, que las tareas de un agente policial pueden asimilarse al concepto de cosa riesgosa previsto en el art. 1113 del Código Civil porque la expresión “cosa” utilizada por el art. 1113 del Código Civil excede el marco restringido de la definición del art. 2311 del ordenamiento citado y, en este sentido, puede ser utilizado para designar una tarea, porque la naturaleza riesgosa de la cosa deviene de un cúmulo de circunstancias que le son idealmente referibles, que la asimilación del empleador en una tarea de relación de dependencia con la figura del dueño o guardián respecto de las consecuencias del riesgo de la labor que se le presta subordinadamente representa una adecuada utilización del respectivo concepto.

Dice que en consecuencia para eximirse de responsabilidad el empleador **deberá demostrar culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder.**

El Vocal luego de analizar los elementos de prueba colectados, concluye que no le asiste responsabilidad al Estado Provincial, rechaza la demanda, a su entender hubo culpa de la víctima, funda su posición entre otras cuestiones:

<sup>2</sup> SCJBA “S. A. A. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro/a s/ daños y perjuicios. 2/6/214 Cita: MJ-JU-M-87760-AR | MJJ87760.



No está probado que C.F.M.G. para el debido cumplimiento de las tareas encomendadas le fuera ordenado el consumo de sustancias tóxicas; tampoco los testigos ofrecidos por el actor lo convencieron, porque pueden haberlo visto comprando drogas y fumando marihuana pero no que ello debía hacerlo porque obedeciera órdenes.

En cuanto a la incidencia causal para la producción del daño, indicó que se debe realizar un juicio retrospectivo objetivo de probabilidad teniendo en cuenta que el autor del hecho debe prever el daño que se puede ocasionar. Conforme el sistema de la causalidad adecuada, el resarcimiento será absorbido por los responsables en la medida que sus respectivas acciones concurrieron a producir el daño.

El Dr. Masacessi expresó en su voto que no sólo al consumir drogas, el actor, no lo hacía cumpliendo órdenes (que serían incluso dolosas) sino que el actor actuó culpablemente porque debió prever el daño que se ocasionaría. Daño por otra parte que el hombre común conoce y hasta dimensiona en lo que al consumo de sustancias tóxicas se refiere.

El trabajador no debió consumir drogas para hacer adecuadamente su trabajo en la policía porque ello le ocasionaría un daño que debió prever conforme las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.

El veredicto fue dictado por mayoría, con disidencia la Vocal Dra. Amalia Inés Montes por el contrario, con sólidos argumentos, que fueron adoptados más tarde por el tribunal cimero entendió que:

Concuerda con el voto anterior en cuanto a la inconstitucionalidad del Art. 6to. Inc. 2, de que son las normas de derecho civil las que deben aplicarse al caso, pero disiente con la solución que propicia la presidencia, en tanto considera acre-

ditado el nexo causal entre la omisión de prevención por parte de la empleadora y la incapacidad que presenta el actor a consecuencia de efectuar las tareas que la superioridad le encomendó y por ende responsable la demandada del daño provocado, ya sea con fundamento en la culpa por los incumplimientos contractuales al deber de seguridad y/o por el riesgo creado.

Continúa indicando que siendo que el daño provocado no se encuentra discutido y fue corroborado por la pericia médica, estima que el severo incumplimiento de la demandada al deber de seguridad resulta nexo causal suficiente con el lamentable resultado para la salud que presenta el actor.

Siendo que el actor ingresó en estado de salud óptimo, según se acreditó y que no se han efectuado los exámenes médicos periódicos resulta evidente que el incumplimiento al deber de seguridad ha sido determinante para generar el daño descripto.

A criterio de la Vocal y según los hechos comprobados estimo que se ha acreditado el incumplimiento contractual al deber de seguridad que le cabía a la empleadora, ya que ésta al asignarle tareas de alta exposición a riesgos sin haber efectuado la evaluación médica-psiquiátrica y psicológica adecuada previa y periódica durante el tiempo que llevó a cabo dicha labor, ignoró el derecho del trabajador a laborar en condiciones seguras (art. 14 bis Constitución Nacional).

Derecho que además tiene consagración supra-constitucional, en tanto el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reza: “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales...” y el artículo 5, numeral 1) dispone que “toda persona tiene derecho a que se respete



su integridad física, psíquica y moral”, a su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de entre esos derechos reconoce expresamente el derecho a trabajar (art. 6) y que el trabajo se lleve adelante en condiciones equitativas y satisfactorias que aseguren “la seguridad y la higiene en el trabajo” (art. 7, inciso b) y el derecho de al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, debiendo los Estados asegurar la plena efectividad de ese derecho mejorando en todos sus aspectos la higiene del trabajo (art. 12, numeral 2, b).

De esta forma los tratados internacionales incorporados al texto constitucional (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional) garantizan plenamente el derecho de toda persona a condiciones seguras de labor y ese derecho no solo es exigible frente al Estado sino erga omnes y particularmente en las relaciones laborales, y en ellas se traduce, principalmente en el deber del empleador de mantener la seguridad psicofísica del trabajador (cfr. CIDH, opinión consultiva Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, CSJN, Trejo, Jorge Elías c. Sterma S.A. y otros, 24/11/2009. Publicado en: LA LEY 14/12/2009, 14/12/2009, 11 - DJ 23/12/2009, 3637; Cita Fallos Corte: 332:2633; Cita Online: AR/JUR/43983/2009).

Concluye en su análisis de normas nacionales y supranacionales, que este derecho al trabajo seguro se deriva el poder exigir condiciones dignas de labor, ya que como se señala en el fallo de la CSJN rememorando otros precedentes como “Madorrán”, “Torrillo”, “Aquino”- “dignidad y trabajo se relacionan en términos naturalmente entrañables”... ....“trabajo digno es trabajo seguro.....”, de allí es que “es condición inexcusable del empleo que éste se preste en condiciones dignas y que se garantice el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, tanto en general, como en lo que concierne a las propias de cada actividad. La prevención en la protección de la salud y de la integridad física del trabajador es el presupuesto legítimo de la prestación de servicios, que no puede ya concebirse sin la adecuada preservación de la dignidad inherente a la persona humana” (“Aquino” cit., voto de la jueza Highton de Nolasco, p. 3799”).

Los argumentos de la Vocal Dra. Montes son suficientemente contundentes para justificar su disidencia y no adhesión al voto de la mayoría adoptados por el máximo tribunal provincial.

## II. LA SENTENCIA DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE JUJUY

El pronunciamiento de la Sala II fue recurrido por el apoderado del actor, mediante remedio extraordinario de inconstitucionalidad y bajo la órbita de la teoría de la arbitrariedad; el Fiscal General por su parte propició su rechazo (en base a fundados ar-





gumentos), el Superior Tribunal de la Provincia de Jujuy resolvió por unanimidad <sup>3</sup> acogerlo y revocar la sentencia de Cámara.

La Dra. María Silvia Bernal Vocal del STJ de la provincia de Jujuy tuvo a su cargo el primer voto, luego de hacer una relación de causa transcribiendo los fundamentos de la mayoría y los de la disidencia, como así también los motivos impetrados por el actor que abonaban el recurso, expresó que luego de estudiar la causa, el análisis de los hechos y la valoración de la prueba que se realiza en la sentencia (voto de la mayoría), entendía que no se compadecía con las particulares y específicas circunstancias de tiempo, modo y lugar que concurren en el caso, las que necesariamente deben analizarse en el contexto en que se desarrolló la tarea encomendada al actor y en el marco del deber de seguridad que debió ejecutar el empleador teniendo en cuenta el riesgo de tal actividad.

Analizó que el tribunal en pleno consideró que no existía controversia sobre que el actor ingresó a la fuerza policial con el cargo de agente el 2 de febrero de 2009 en estado de salud óptimo, que se desempeñó desde octubre del mismo año en la Dirección de Toxicomanía y Drogas Peligrosas, que no se probó que se le realizaron exámenes médicos periódicos, y que la propia accionada calificó mediante dictamen de la Junta Médica Provincial la patología del actor como “síndrome depresivo, dependencia a múltiples drogas y otras sustancias psicoactivas como mórbido a depresión mayor relacionada con actos de servicio”. También concordaron los jueces en que la actividad era riesgosa.

Del cuadro fáctico y probatorio resulta manifiesto el incumplimiento de la demandada al deber de seguridad, cabe recordar, continuó la Vocal, que el deber de previsión comprende el conjunto de medidas que el empleador debe adoptar, conforme a las condiciones particulares de la tarea o actividad, a fin de evitar que el trabajador sufra daños en su persona o en sus bienes o se afecte su dignidad.

En cumplimiento de este deber es que deben adoptarse todas las medidas, que según el tipo de trabajo o función, la experiencia, el riesgo, etc., sean necesarias para tutelar la indemnidad e integridad psicofísica de sus dependientes. Cuando esta obligación es infringida, la responsabilidad del empleador deriva del solo incumplimiento de las medidas de seguridad propias de la tarea que se realiza.

Destacó la Dra. Bernal que no incide en la responsabilidad de la empleadora la inexistencia de orden alguna respecto al consumo de sustancias, pues está claro que ello constituiría una orden ilegal; en este caso la responsabilidad se encuentra determinada porque envió a su dependiente a cumplir una tarea en extremo riesgosa sin la formación y experiencia necesaria para hacerlo -era un agente recién egresado de la escuela de policía-, sin realizarle una evaluación cuanto me-

<sup>3</sup> Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, 30/11/2020. L.A. Nº 5; Fº 559/565; Nº 187. “Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en el Expte. Nº C-018.408/2014 (Tribunal del Trabajo -Sala II- Vocalía 6) Riesgo de trabajo fundado en derecho común: C. F. M. G. c/ ESTADO PROVINCIAL”.



nos psicológica de que se encontraba apto para desempeñar tan delicada función, y sin efectuarle controles periódicos ni seguimiento sobre el impacto que esa tarea tenía en el trabajador.

Por otra parte, el riesgo que implica mandar a un agente novato a inmiscuirse en el ambiente de la venta de estupefacientes y a convivir con vendedores y consumidores de éstas imponían a la demandada extremar las medidas de seguridad en procura de mantener indemne al trabajador, y no se advierte que en el caso esas medidas hayan sido brindadas ni en lo más mínimo, ya que no observo que se le realizaran -cuanto menos- análisis clínicos para detectar el consumo de drogas, y tampoco que se haya evaluado su condición psicofísica en alguna oportunidad.

En definitiva, la Dra. Bernal en su voto comparte el voto de la minoría a quo y concluyó que en el caso se encuentran configurados los presupuestos fácticos y jurídicos que justifican la procedencia de la demanda interpuesta en la causa, a lo que adhirió el vocal Federico Francisco Otaola, con la disidencia de la Dra. Clara De Langhe de Falcone.

El Fiscal General entendió que el recurso debía ser rechazado, y a su criterio la sentencia debía ser ratificada en base a los siguientes argumentos:

En su opinión, el recurso de Inconstitucionalidad debe ser desestimado, toda vez que la causal de arbitrariedad que justifica el remedio extraordinario sólo comprende desaciertos de gravedad extrema que traduzcan absurdidad en el resolutorio motivo de embate, sea por incurrir en una errónea valoración de la prueba o por constituir una derivación no razonada del derecho vigente conforme las constancias acreditadas en la causa. No ocurre ello en el presente caso ya que las objeciones planteadas constituyen simples discrepancias con lo decidido por el a-quo con sustento en el material convictivo relevante para dirimir el conflicto.

Afirma el fiscal que el recurrente pretende una nueva revisión de los hechos y del cuadro probatorio. Sin embargo no logran desvirtuar los sólidos argumentos exteriorizados por el Tribunal a partir de valorar la ausencia de probanzas que acrediten con un cierto y razonable grado de vinculación entre la causa productora de la patología del actor con la prestación laboral de aquella.

Indica que no se acreditó que para el cumplimiento de sus tareas el actor indefectiblemente debía consumir estupefacientes y/o drogas, es decir no se demostró que el consumo de las mismas fuera inherente a su función.

Concluye que como señaló la CSJN "...no debe valorarse en abstracto la índole del trabajo desempeñado por el actor, sin determinación de si en el caso concreto existe o no el nexo de causalidad necesario que debe establecerse entre la enfermedad y el tipo de tareas desempeñadas o las condiciones de su prestación"... (CSJN, Fallo 316:344).

### III. UN ANÁLISIS EXTENDIDO HACIA LA REFLEXIÓN

El fallo dictado por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Jujuy, tiene particulares características, no sólo por la decisión del más alto tribunal provincial que revocó lo resuelto por la Cámara del Trabajo Sala II Vocalía 6, sino además por cuanto nos hace reflexionar respecto a todos aquellos trabajos que potencialmente pueden ser causal de afecciones psicofísicas, donde el trabajador presta un servicio que finalmente está dirigido a toda la comunidad sin un fin económico dirigido a enriquecer las arcas de su empleador. En ese sentido la mirada debe estar puesta en los "laburantes"<sup>4</sup> de servicios públicos, por estos tiempos en especial los de salud con motivo de la pandemia producida por el virus coronavirus - 2 (COVID-19) que cobra especial relevancia, en razón de las posibles secuelas del mismo tipo o similar a las que padece el actor demandante, que muy probablemente muchos de los galenos y auxiliares están padeciendo o van a padecer a causa del trabajo, claro está por hechos y agentes de riesgos diferentes.

El actor C.F.M.G. demanda al Estado provincial jujeño, con fundamento en derecho civil las secuelas psiquiátricas producidas por actos de servicio, a consecuencia de la adicción a las drogas que desarrolló como agente policial novato en tareas encubiertas vinculadas con la venta de estupefacientes.

El diagnóstico fue "*síndrome depresivo, dependencia a múltiples drogas y otras sustancias psicoactivas como mórbido a depresión mayor relacionada con actos de servicio*", en el contexto del listado de enfermedades profesionales de Ley de Riesgos del Trabajo<sup>5</sup> no prevé específicamente, sí en la Tabla de Evaluación de Incapacidades como secuela de accidente y se identifica como reacción vivencial anormal neurótica (RVAN) con manifestación depresiva, aditando el perito psiquiatra oficial de la causa, "*como componente del síndrome cerebral orgánico*", es que también padecía un deterioro cerebral por las drogas, de tal guisa fijó el experto una incapacidad parcial permanente del 20% que con los factores de ponderación se elevó al 25%, revelando claramente que la causa de la patología psiquiátrica fue el consumo de drogas.

A nuestro entender, y como disparador para el debate, si el actor hubiera conducido su petición con fundamento en Ley de Riesgos del Trabajo por el camino sistémico, el resultado final satisfactorio se

4 Real Academia Española on line. Laburante. De laburar y -nte. l. M.yf. coloq. Arg. Y > Ur. Trabajador (persona con un trabajo)

5 Ley 24557 de Riesgos del Trabajo. Decreto 658/96 Listado de Enfermedades Profesionales. Decreto 659/96 - 49/14 Tabla de Evaluación de Incapacidades. Decreto PEN 659/96 26/6/1996. Psiquiatría. Solamente serán reconocidas las Reacciones o desorden por estrés post traumático, las Reacciones Vivenciales Anormales Neuróticas, los estados paranoides y la depresión psicótica, que tengan un nexo causal específico relacionado con un accidente Laboral. Debiéndose descartar primeramente toda las causas ajenas a esta etiología, como la personalidad predisponente, los factores socioeconómicos, familiares, etc..



hubiera obtenido, **tal vez**, con menos resistencia<sup>6</sup>, sin perjuicio que en esta causa el tribunal cimero dictaminó a su favor por mayoría; pero nos referimos que una interpretación **“extendida, desplazada”** de la **“ocasionalidad”** para el accidente de trabajo, regulado en el del Art. 6 de la LRT<sup>7</sup> como lo tiene entendido el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Córdoba, **hacia la “enfermedad accidente”**, hubiera sido el factor determinante, en la medida que se **“asocie”** al criterio de inclusión de otras enfermedades que no están previstas en el listado de enfermedades profesionales.<sup>8</sup> Para el análisis...

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió claramente en cuanto a la procedencia indemnizatoria fundada en derecho civil para patologías no incorporadas en el listado de triple columna<sup>9</sup>,

y con mayor particularidad también en aquellas otras reclamadas por vía sistémica, pese no estar previstas específicamente.<sup>10</sup>

## IV. A MODO DE COLOFÓN

Compartimos el resultado del fallo del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Jujuy. Sin perjuicio de ello a nuestro entender el caso en cuanto a los hechos la relación laboral el tipo de tareas, el carácter del empleador impone un interés particular investido incluso tal vez de una cuasi ficción, con lamentable desenlace.

Es importante destacar que las disidencias cruzadas en cada instancia y los argumentos que abonaban esas decisiones se imponen sólidos en sentido de inclinar por momentos la vara por milímetros del centro, pero lo cierto es que el incumplimiento al deber de seguridad, fue sin duda y en todo momento concluyente, decisivo y determinante en el resultado final del pleito.

Particularmente la cuestión fáctica despierta suspicacia, sospecha, tal vez dubitación, pero las razones para sostener el convencimiento del más alto Tribunal de la Provincia de Jujuy como el criterio de la minoría a quo, fueron relevantes y se pueden compendiar en: deber de seguridad; riesgo

6 Hay que considerar que el veredicto rechazando la demanda fue dictado por mayoría, con criterio coincidente del Fiscal, y el fallo del Supremo también por mayoría con disidencia del Fiscal General.

7 ARTICULO 6° - Contingencias. 1. Se considera accidente de trabajo a todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo...

8 Ley 24557. Art. 6 reformado por DNU 1278. ...2b) Serán igualmente consideradas enfermedades profesionales aquellas otras que, en cada caso concreto, la Comisión Médica Central determine como provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo.

9 CSJN “Silva Facundo Jesus C/ Unileverde Argentina S.A”. 8/12/2007. Para la procedencia de la acción de derecho común debe probarse la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil, razón por la cual si se demuestra que una enfermedad está vinculada causalmente a un hecho antijurídico, la acción procede con independencia del listado que prevé la ley de riesgos del trabajo, que obedece a un régimen especial, diferente del derecho común. Es arbitraria, la sentencia que rechazó el reclamo indemnizatorio sustentado en una afección respiratoria crónica, por no tratarse de una enfermedad profesional en los términos de la ley 24.557, toda vez que la acción se fundó en el derecho civil, y en virtud de aquella falsa premisa resolvió que debía aplicarse el sistema de “numerus clausus”. En cuanto a las enfermedades resarcibles, en el que no estaba contemplada la situación del actor. Resulta inoficioso ingresar al examen de la constitucionalidad del art. 6°. inc. 2° de la ley 24.557, toda vez que se persigue la reparación de una enfermedad que no está comprendida en el listado que debe elaborar y revisar el Poder Ejecutivo, dentro del sistema especial.

10 CSJN, “Rivadero, Nicolás Cayetano c/ Liberty ART S.A.” (Sentencia de fecha 14 de Agosto de 2013). Estableció que una vez acreditada la existencia de una patología y su relación causal con las tareas desarrolladas, aunque aquella no se encuentre listada, lo mismo corresponde su reparación sistémica sin perjuicio de la posibilidad de repetición por ante el Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales.



de la actividad; deber de previsión; incumplimiento de las medidas de seguridad, **las que debían ser extremas** en cuanto a la evaluación periódica y seguimiento del estado de salud del trabajador.

No hay dudas que el cumplimiento de la empleadora con su obligación preventiva de realizar exámenes periódicos como indica la Resolución de Superintendencia de Riesgos del Trabajo 37/2010, hubiera producido la detección precoz de las dolencias, disminuyendo o evitando el deterioro de la salud del trabajador y en tal caso, probablemente la necesidad del tratamiento para su adicción, en este sentido la jurisprudencia mayoritaria, se ha pronunciado calificando esta acción como un elemento de importancia en miras a la procedencia de la demanda, ante su omisión.<sup>11</sup>

Por último reiteramos como disparador para el debate, si el asesor de C.F.M.G hubiera conducido su petición con fundamento en Ley de Riesgos del Trabajo, esto es por el camino sistémico, muy probablemente el resultado final satisfactorio se hubiera obtenido con menos resistencia atendiendo a **lo que dimos en llamar a “ocasionalidad desplazada”, que para este caso sería sinónimo de “causalidad”,** como presupuesto y análisis autónomo en la interpretación de la contingencia, ello asociado **indispensablemente** a la inexigibilidad tajante en cuanto a que la enfermedad se encuentre listada siguiendo en esto la jurisprudencia del más alto tribunal Nacional, sin embargo habría que efectuar un análisis fino “económico” para la cuantificación indemnizatoria en cada caso, previo a decidir el andarivel más conveniente, lo que excede este comentario.

<sup>11</sup> Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Sentencia Nro. 146 (2014) “Maza Faustino Saturnino C/ Asociat S.A. ART”. Para el reconocimiento del resarcimiento de una patología cobra relevancia la falta de exámenes médicos periódicos y de ingreso que hubieran permitido detectar factores extraños al trauma o propios del trabajador. En consecuencia, el infortunio actuó sobre una lesión ignorada u oculta que en el marco del nexo causal presumido, propio de la ley típica de accidentes laborales, debe ser indemnizado.





Ricardo León Chércoles<sup>1</sup>

# JANO, DOS CARAS DE UN MISMO DIOS

Cómo aplicar  
las normas  
que regulan los  
Contratos Civiles  
y Comerciales,  
en la resolución de  
conflictos laborales



<sup>1</sup> Abogado laboralista (UNC). Doctorado en Derecho (UNC). Especialista en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UNC - UCC - UNL). Profesor Universitario de postgrado en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Miembro de distintas Redes, Institutos y Grupos de Investigación de diferentes universidades en materia de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (FLACSO, UNR, UNC, entre otras). Miembro de la Comisión Directiva y Secretario de Publicaciones de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de Córdoba (ADTSS-Cba.). Editor general y director de la revista Catorce Bis de la ADTSS-Cba. Disertante y conferencista en el país y en el extranjero. Autor, coautor y coordinador de diferentes obras y más de una veintena de artículos publicados en algunas de las más prestigiosas editoriales y revistas especializadas en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social del país y el extranjero.



# I. DESDE LA MITOLOGÍA ROMANA ALCÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, DOS HITOS DE LA HISTORIA JURÍDICA Y SU IMPACTO EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Cuenta la mitología romana que Jano, además de haber sido el protector del Estado, era el dios de las puertas, del tiempo, de los comienzos y de los finales<sup>2</sup>.

Era un dios bifronte, de dos caras, que le permitían vigilar hacia adelante y hacia atrás al mismo tiempo, así como ver el pasado y el futuro. Por ello, Jano también representaba la dualidad, y era el encargado de mantener la armonía del universo, integrando sus partes en un todo.

Sin embargo, antes de haber sido un dios, Jano era un mortal. Había sido, según cuenta la mitología, rey de la región de Camesés.

En el periodo durante el cual se extendió su reinado, logró que la paz no fuera interrumpida, creó ciudades, enseñó a sus habitantes los secretos de los cultivos, e incorporó el dinero y los barcos al tráfico comercial, dotando así de prosperidad a su pueblo. También dio a sus habitantes las leyes, que en su mayoría se encontraban orientadas a regular la vida civil y comercial de los pobladores de su reino, lo cual, constituyó un hito y un cambio de paradigma en la forma de vivir de las personas que habitaban la región.

En la historia jurídica argentina moderna, la sanción del Código en el mes de agosto del año 2015 también constituyó un hito, no sólo por haber unificado la legislación civil y comercial, dato no menor por cierto, sino también por haber sido la puerta de ingreso de la Constitución Nacional al ámbito del Derecho Privado, lo cual, tal vez sucedió como una “devolución de favores” por lo ocurrido en el año 1994, cuando nuestra Carta Magna había abrigado entre sus normas al derecho que rige las relaciones de los particulares entre sí.

Y aunque la idea de la constitucionalización del Derecho Privado no es nueva (ya había sido sostenida, por ejemplo, con suma claridad por Alberdi en el siglo XIX)<sup>3</sup>, no deja de constituir, en materia

de derechos, el quebrantamiento de un paradigma y el surgimiento de otro nuevo, caracterizado por la conjunción armónica entre el Derecho Público y el Privado, lo que ha llevado a que hoy contemos con un sinnúmero de normas de origen civil o comercial en la Constitución, y con diversas disposiciones de contenido público en el Código.

Pero además, resulta importante destacar que el proceso de constitucionalización, y por qué no también, el de “convencionalización” del Derecho Privado, consolidado a partir de la sanción del CCyC, no fue logrado mediante la anexión directa de normas de la Constitución en el Código, sino que fue estructurado a través de la incorporación de “principios comunicables” entre lo público y lo privado, lo que trajo aparejada una “coherencia sistémica” que abarca no sólo ambos tipos de normas, sino también su aplicación armónica en el contexto social, económico y ambiental en el que vivimos.<sup>4</sup>

Es por ello que, el Derecho del Trabajo, que sin dudas forma parte de los citados contextos, y que además funciona como regulador del empleo, no podría resultar ajeno a las nuevas normas de Derecho Privado orientadas a transformar las relaciones de los particulares entre sí, ni podría haber sido extraño a la constitucionalización de la regulación de dichas relaciones, puesto que de alguna manera, la relación de trabajo, aunque con entidad propia, forma parte de ellas, así como el Derecho del Trabajo forma parte de la Constitución.

Pero el nacimiento de un nuevo paradigma, surgido de la transformación del Derecho Privado, no es sólo consecuencia de la constitucionalización de las normas civiles y comerciales, sino que el Código también se ha caracterizado por el establecimiento y la revalorización de ciertos principios y reglas que resultan aplicables a todas las materias que regula.<sup>5</sup>

Tal es así que la buena fe (art. 9), el ejercicio regular de un derecho (art. 10), el no abusar de una posición dominante (art. 11), el respeto del orden público (art. 12), la irrenunciabilidad general de las leyes (art. 13), entre otros principios y reglas, han sido colocados en la parte general del Código, lo cual, le confiere “un efecto expansivo indudable, pudiendo ser referencia de otros ámbitos normativos”<sup>6</sup>, inclusive de nuestro Derecho del Trabajo.

Por otro lado, el CCyC ha trasvasado el paradigma en torno al cual giraba la hermenéutica y el orden de prelación normativo existente hasta el momento de su sanción, imponiendo una nueva perspectiva metodológica para la interpretación y aplicación de sus normas, tal como veremos más adelante.

<sup>2</sup> Por ello, también era quien determinaba el comienzo y el final de los conflictos, así como de la guerra y la paz.

<sup>3</sup> RIVERA, Julio Cesar, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, directores: RIVERA, Julio Cesar y MEDINA, Graciela, Coordinador: ESPER, Mariano, Tomo III, Editorial Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, Argentina, Año 2014, ISBN 978-987-03-2766-0. Pág. 26, en cita a ALBERDI, Juan José, *Obras completas*, vol. VII, Buenos Aires, 1887, Pág. 82, 105 y 106. Señala Rivera que Alberdi sostuvo que “las leyes civiles no son sino leyes orgánicas de las disposiciones de la Constitución Nacional... según esto, el Código Civil argentino debía ser el cuerpo metódico de leyes que organizan los derechos civiles, concedidos a todos los habitantes de la nación por los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20. Esos derechos concedidos a todos los habitantes de la nación, sean nacionales o extranjeros, no son derechos políticos, sino derechos civiles y ellos constituyen la sustancia y la base democrática de la legislación civil argentina. Si como dice Montesquieu, las leyes civiles tienen por objeto mantener la naturaleza y el principio de gobierno establecido o que se quiere establecer, la democracia debe estar en el Código Civil argentino como está en la Constitución, hijos ambos y codificación los dos de la revolución democrática del pueblo argentino. El Código Civil debe ser el contrafuerte democrático de la constitución política... El Derecho Civil argentino debía ser, como su Constitución, la expresión y realización de las miras liberales de la revolución de América en los pueblos del Plata... El Derecho Civil, como la Constitución de que ha de ser derivado estricto, debe ser la expresión codificada de la revolución democrática que dio nacimiento y ser a la Nación Argentina. Esa es la mente del artículo 28 de la Constitución”.

<sup>4</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, en conferencia sobre *Reflexiones a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial argentino*, brindada en el marco de las Jornadas conmemorativas del 25º Aniversario del Lanzamiento de la Revista de Derecho Privado y Comunitario.

<sup>5</sup> Y si bien con anterioridad a la sanción del Código algunos de estos principios formaban parte de nuestro ordenamiento jurídico, se encontraban dispersos en la legislación o resultaban aplicables sólo para algunas materias en particular.

<sup>6</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, director: LORENZETTI, Ricardo Luis, Coordinadores: DE LORENZO, Miguel Federico y LORENZETTI, Pablo, Tomo V (Arts. 724 a 1020), Editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, Argentina, Año 2015, ISBN 978-987-30-0586-2 (edición encuadernada), pág. 25. Sostuvo el autor que así fue señalado por nuestra CSJN: “la regla de interpretación prevista en el art. 16 (del CC derogado) excede los límites del Derecho Privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno (fallos: 312:957)”



En tal sentido, el Código se ha ubicado “bajo un paradigma teórico-metodológico alejado del positivismo legalista imperante en el Siglo XIX- El positivismo entonces reemplazado por un planteamiento conocido como *principalista* o de la razón práctico-prudencial”<sup>7</sup>, lo cual, cobra mayor notoriedad cuando podemos percibir que, además, “el gran cambio respecto al sistema anterior consiste en que se admite una pluralidad de fuentes, incluyendo no sólo la ley, sino todo el derecho”<sup>8</sup>.

Pero incluso la transformación en el marco del paradigma normativo en el que nos encontrábamos inmersos va más allá de lo expuesto, debido a que el Código no sólo ha disociado la ley del derecho, sino que, además, ha sujetado la adecuación de la primera frente a este último, alejándose aún más del positivismo normativo.<sup>9</sup>

Es por lo expuesto que la transformación del Derecho Privado a partir de la sanción del CCyC, signada principalmente por la incorporación de los Derechos Humanos como fuente de aplicación e interpretación del Derecho, ha traído aparejada una “transformación de la cultura jurídica del país”<sup>10</sup>, así como también el quebrantamiento del paradigma normativo que regía las relaciones de los particulares entre sí, para dar lugar a un nuevo paradigma que otorga a la persona humana, en el marco de las relaciones privadas, nuevos derechos civiles y comerciales, pero también sociales, ambientales, culturales, y por qué no, laborales.

## II. LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. SU INJERENCIA EN EL DERECHO LABORAL

No es un secreto que la legislación laboral depende en gran medida de las normas civiles y comerciales. Ello se debe a que el Derecho del Trabajo incorpora reglas<sup>11</sup>, adopta conceptos<sup>12</sup> y remite a normas del Derecho Privado<sup>13</sup>, motivo por el cual, la sanción del CCyC, aunque en forma indirecta, ha reformado más de 70 artículos de la LCT, a lo que hay que agregar la injerencia que el citado Código ha tenido en materia de daños derivados de accidentes y enfermedades profesionales, y en menor medida, el impacto que ha producido en lo relativo a las relaciones colectivas de trabajo.<sup>14</sup>

Ahora bien, en el *plano estrictamente contractual*, las normas civiles y comerciales, con sus propias reglas y principios<sup>15</sup>, también adquieren una significativa relevancia para el Derecho del Trabajo, sobre todo a partir de ciertos institutos<sup>16</sup> que, aunque propios del Derecho Privado, inciden en diferentes aristas del Derecho Laboral.

11 Tal como por ejemplo sucede con los arts. 24, 95, 97 y 257 de la LCT

12 Tal como por ejemplo ocurre con los arts. 7, 12, 13, 14, 21, 26, 41 y 42 de la LCT, entre muchos otros

13 Tal como por ejemplo acontece con los arts. 32, 34, 35, 45 a 49, 57, 63, 137, 262 y 263 de la LCT

14 ARESE, Cesar, Ob. Cit., pág. 51.

15 Es por ello que nuestra CN ha establecido el principio de libertad de contratación como uno de los ejes centrales en torno al cual giran las relaciones de los particulares entre sí, y nuestro CCyC, por su parte, ha reafirmado dicho principio (en sus arts. 958 y 990) con el fin de que los individuos puedan celebrar acuerdos sobre sus intereses para lograr una mejor calidad de vida. Sin embargo, la referida libertad de contratación no es absoluta, sino que, en protección de la sociedad, se han establecido ciertas limitaciones al citado principio, que derivan de la propia ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 958 del CCyC). Pero además, los límites a la libertad de contratación, y a la autonomía de la voluntad, se encuentran plasmados tanto en las normas imperativas que regulan cada uno de los contratos en particular, como en los primeros artículos del Código, tal como acontece, por ejemplo, con el art. 10, que establece la prohibición de abusar de un derecho, el art. 12, que dispone la primacía del orden público por sobre las convenciones particulares y que tiene su correlato en materia contractual en el art. 958 CCyC, el art. 13, que establece la prohibición de renuncia general de las leyes y el art. 9, que impone a todas las personas el deber de ejercer sus derechos de buena fe, y que también tiene su correlato específico en materia contractual en el art. 961 del Código.

16 Tal como por ejemplo sucede con la conexidad contractual, el derecho contractual de consumo, la suspensión de cumplimiento del contrato y la tutela preventiva en materia de contratos.

7 RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, directores: RIVERA, Julio Cesar y MEDINA, Graciela, Coordinador: ESPER, Mariano, Tomo III, Editorial Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, Argentina, Año 2014, ISBN 978-987-03-2766-0. Pág. 34.

8 LORENZETTI, Ricardo Luis, Ob. Cit., pág. 26. Agrega el autor en la página 25 que “el Código ha experimentado un cambio fundamental respecto a la tradición anterior, que sólo se refería a la ley, y a la función del juez, que era aplicarla exegéticamente. En cambio, ahora el panorama se amplía de sobremanera, ya que no sólo se trata de la ley sino de las demás fuentes: doctrina y costumbres. Asimismo, el Código recepta disposiciones contempladas en la Constitución y en los Tratados Internacionales y contempla no sólo las reglas determinadas, sino también los principios y valores. Ello permite que el Código sea el eje articulador de todo el sistema, brindando coherencia mediante reglas y principios generales”.

9 RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, Ob. Cit. Pág. 38

10 Véase al respecto ARESE, Cesar, Código Civil y Comercial y Derecho del Trabajo, incluyendo algunos capítulos de autoría de MACHADO, José Daniel, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, año 2017, pág. 15 a 33.



Pero además, en lo que a *contratos civiles y comerciales en particular se refiere*, la incidencia del CCyC sobre el Derecho del Trabajo es aún más notoria. Sin embargo, tal incidencia no recae directa o indirectamente sobre las propias normas de la legislación laboral, sino que impacta en distintos aspectos de los contratos del Derecho Privado que pueden hacer a la configuración o desconfiguración de una relación de trabajo dependiente, o a la responsabilidad de las partes del contrato civil y comercial frente al trabajador.

Así, por ejemplo, la regulación del contrato de servicios en el Código trae aparejado un alto impacto en los presupuestos necesarios para determinar si nos encontramos frente una relación de dependencia tutelada por la normativa laboral, similar a lo que acontece con las normas que regulan el contrato de agencia, aunque en este último caso la injerencia de las normas civiles y comerciales campea en la pugna de dicho contrato con la figura del viajante de comercio. Diferente es lo que ocurre con las disposiciones que rigen otros contratos particulares en el Código, tal lo que por ejemplo sucede con las normas que regulan los contratos de franquicia, concesión, fideicomiso, negocio en participación, agrupaciones de colaboración, uniones transitorias y consorcios de cooperación, en los cuales, el impacto de la normativa del Derecho Privado desde la óptica del Derecho del Trabajo recae directamente en la responsabilidad que pueden tener las partes que celebran los citados contratos frente al trabajador.

### III. LA JERARQUÍA DE LAS NORMAS EN CONFLICTOS DERIVADOS DE RELACIONES DE TRABAJO DESARROLLADAS EN EL MARCO DE LOS CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES

Como derecho “común” que es, el Derecho Privado resulta plenamente aplicable dentro del universo jurídico-normativo del Derecho del Trabajo. Es que, tal como se ha señalado en alguna oportunidad, el CCyC funciona como una especie de “constitución civil del país”<sup>17</sup>, lo que le permite vincularse con el resto de los “microsistemas normativos”<sup>18</sup> y gozar de un efecto de “irradiación jurídica”<sup>19</sup> sobre todas las relaciones que vinculan a los particulares entre sí, incluidas las que se desarrollan en el ámbito del trabajo.

17 RIVERA, Julio Cesar, Ob. Cit. Pág. 9. Dicha expresión fue dicha por Alberdi a Vélez Sarsfield en ALBERDI, Juan José, Obras completas, vol. VII, Buenos Aires, 1887, Pág. 80. Citado por el autor.

18 RIVERA, Julio Cesar, Ibidem. Pág. 26. Ello sucede porque el Código constituye el “reservorio de los conceptos generales que al relacionarse con los microsistemas los hace comprensibles... es el tejido conectivo de la legislación”.

19 Término tomado de ARESE, Cesar, Ob. Cit., pág. 42. Aunque el autor lo utiliza para referirse a la horizontalidad de los Derechos Fundamentales.







Ahora bien, en el plano de relaciones laborales, y puntualmente en materia de contratos, podría suceder que las normas civiles y comerciales colisionaran con la legislación laboral, lo cual, en principio, podría llevar al operador jurídico a tener que inclinarse por una de ellas de acuerdo a la jerarquía que revistieran a la hora de ser aplicadas en el caso concreto.<sup>20</sup>

A tales fines, debemos partir de los arts. 27, 28, 31 y 75 inc.22 de nuestra CN, los cuales, establecen la supremacía de nuestra Carta Magna por sobre el resto de las leyes, así como también el rango suprallegal que revisten los Tratados Internacionales en general y la jerarquía constitucional de algunos de ellos en particular.

Pero más allá de la Constitución y los citados Tratados Internacionales, y específicamente en materia contractual, el CCyC establece que *la voluntad de quienes celebran el contrato prima por sobre las normas que lo regulan* (art. 962 CCyC), lo que guarda estrecha vinculación con la libertad que tienen dichas partes tanto para celebrar un contrato como para determinar su contenido (art. 958 CCyC), libertad que, además, constituye uno de los principales ejes y principios en torno al cual gira el sistema de contrataciones en materia civil y comercial.

Sin embargo, *la primacía de la voluntad de las partes por sobre las normas legales debe ceder cuando estas últimas fueran indisponibles o imperativas*, tanto por su modo de expresión, como por su contenido o contexto<sup>21</sup> (art. 962 CCyC)<sup>22</sup>. Como resultado de ello, el precepto privado voluntario debe ceder posiciones frente a la norma legal imperativa, a punto tal de que en el supuesto de colisión se aplica la norma que integra el derecho necesario (art. 963, inc. a)”, esto es, la norma imperativa o indisponible.<sup>23</sup> Por otro lado, pero en el mismo sentido, tanto el art. 13 de la LCT<sup>24</sup> como el art. 964 del CCyC<sup>25</sup> disponen que, cuando exista

20 Aunque por nuestra parte consideramos que la primacía de una norma por sobre otra no debe llevar necesariamente al descarte de la que revista una inferior jerarquía, sino que en muchas ocasiones resultará posible llevar a cabo una aplicación armónica de ambas normas, tal como veremos al tratar cada contrato en particular.

21 En tal sentido, la norma es imperativa por su modo de expresión cuando la propia disposición establece la obligatoriedad de su aplicación o declara el carácter de orden público de su contenido. Es indisponible por su contenido cuando regula cuestiones de derecho público, tales como el nombre, estado, capacidad, domicilio, matrimonio, uniones convivenciales, orden sucesorio, libertad de testar, legítima, derechos reales y aquellas cuestiones vinculadas con un concepto dinámico y razonable de moral y buenas costumbres, entre otros supuestos. Y es imperativa por su contexto cuando regula materias de emergencia, cualquiera sea la naturaleza de estas. Véase CARAMELO, Gustavo, Ob. Cit., Pág. 346. Cabe aclarar también que, si bien para algunos autores toda ley imperativa es de orden público, para otros, la indisponibilidad de las normas imperativas surge del reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico, mientras que en las normas de orden público tal indisponibilidad puede resultar extraña al citado ordenamiento. Véase STIQUITZ, Rubén S. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, director: LORENZETTI, Ricardo Luis, Coordinadores: DE LORENZO, Miguel Federico y LORENZETTI, Pablo, Tomo VII (Arts. 1280 a 1613), Editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, Argentina, Año 2015, ISBN 978-987-30-0586-2 (edición encuadernada). Pág. 559 y 560

22 Art. 962 CCyC: “Carácter de las normas legales. Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible”.

23 STIQUITZ, Rubén S., Ob. Cit. Pág. 551.

24 Art. 13 LCT: “Las cláusulas del contrato de trabajo que modifiquen en perjuicio del trabajador normas imperativas consagradas por leyes o convenciones colectivas de trabajo serán nulas y se considerarán substituidas de pleno derecho por éstas”

25 Art. 964 CCyC: “Integración del contrato. El contenido del contrato se integra con: a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas; b) las normas supletorias; c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.”



una cláusula del contrato incompatible con alguna norma imperativa, esta última será aplicable en sustitución de aquella.

También resulta importante aclarar que la norma indisponible o imperativa no sólo tiene una jerarquía superior a la del precepto privado (surgido de la voluntad de las partes), sino que además posee un rango preferente frente al de las normas supletorias o dispositivas<sup>26</sup>.

Ahora bien, ¿Qué sucede en caso de conflicto entre normas establecidas en el CCyC y normas establecidas en legislaciones especiales (v.gr. LCT), cuando en ambos casos se trate de normas imperativas o indisponibles?

Para algunos autores el CCyC ha colocado en un mismo rango a las normas imperativas que se establezcan en diferentes leyes especiales y a las que revisten igual carácter en el Código (art. 963 CCyC).<sup>27</sup> Es decir, que en caso de colisión normativa entre las disposiciones del Código y las de las leyes especiales, en principio, deberíamos partir de que ambas tienen el mismo rango o jerarquía, por lo menos en los supuestos en que se trate de normas indisponibles.<sup>28</sup> Por ello, en estos casos, “el intérprete deberá resolver cuál aplica teniendo en consideración las normas constitucionales, que se encuentran por encima de ambas normas imperativas”<sup>29</sup>.

Sin embargo, para otros autores existe una regla conforme la cual “ya sea que se trate de normas indisponibles o normas supletorias: siempre prevalecen en un caso o en otro las normas de la ley especial que correspondan a la misma categoría”<sup>30</sup>, agregando otros autores que ello resulta así con mayor razón cuando se trate de una norma laboral<sup>31</sup>.

26 STIGLITZ, Rubén S, Ob. Cit. Pág. 556 y 557: “La imperatividad de la norma es un efecto atribuido por la ley misma o que resulta de una interpretación gramatical del texto, o cuando de su contenido se predicen las consecuencias que aparejarán su preterimento. También nos hallaremos frente a una norma imperativa cuando su configuración apunte a la ineludible observancia de elementos o requisitos como presupuestos condicionantes de la constitución o eficacia de un negocio. En ese sentido lo serán particularmente los de carácter subjetivo, como los atinentes a la capacidad y a la legitimación para contratar. Lo propio acontecerá con los elementos objetivos que son precisamente los que, atienden a la operación jurídica y, de ella, a la posibilidad, idoneidad y licitud del objeto. Y finalmente los vinculados a la causa de la operación. Las normas dispositivas o supletorias, que como vimos tienen inferior jerarquía que las imperativas, son las que se aplican ante el silencio de las partes cuando no previeron algunas de las consecuencias que pudieran derivar del contrato, y deben ser aplicadas de acuerdo lo que resulte más razonable o conforme la práctica de los negocios, procurando interpretar lo que hubieran establecido los contratantes de haberlo previsto.

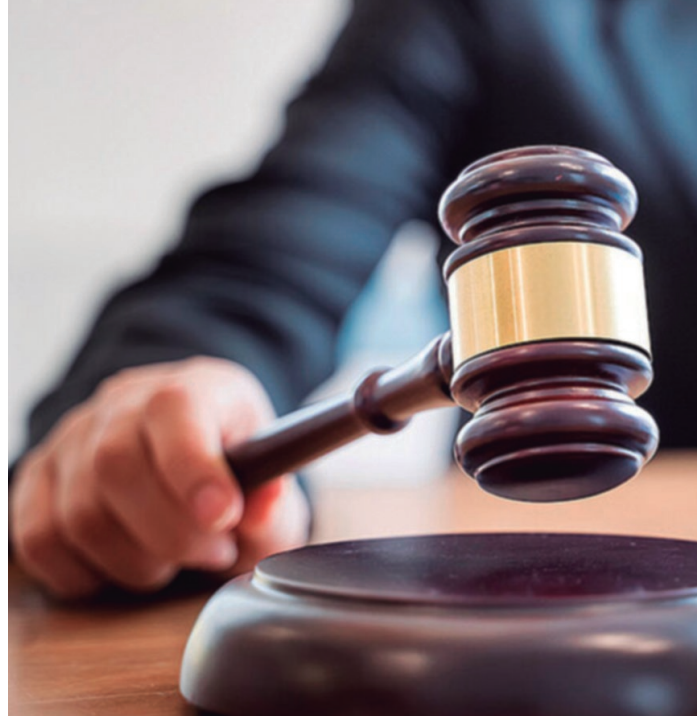
27 Art. 963 CCyC: “Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código.”

28 KITAINIK, Nicolás, Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado, Director: BUERES, Alberto J. Tomo I, Arts. 1 al 1429, Editorial: Hammurabi – José Luis Depalma, Buenos Aires, 2014, ISBN: 978-950-741-680-4, Pág. 559: “Interesante es la fórmula utilizada en el inc. a), pues se ha colocado en un mismo rango de prelación a la ley especial y a la del CCCN (abriendo el análisis hacia el sentido de considerar a las leyes especiales complemento directo del Código), lo que invita a interpretarlas como de idéntica jerarquía, apartándose de la opinión general donde se coloca en primer orden al Código y luego a las leyes especiales”.

29 CARAMELO, Gustavo, Ob. Cit., Pág. 347

30 STIGLITZ, Rubén S, Ob. Cit. Pág. 551.

31 ARESE, Cesar, Código Civil y Comercial y Derecho del Trabajo, con algunos capítulos de autoría de MACHADO, José Daniel, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, año 2017, Pág. 315 y 316. El autor señala que el CCyC a través de su art. 963 otorga prelación a la LCT (por constituir una “ley especial”) que, además, resulta indisponible (arts. 7 a 14 LCT). Es por ello que “en caso de colisión o superposición de figuras contractuales de naturaleza laboral y civil y comercial, el operador e intérprete está obligado a posicionarse sobre el derecho sustantivo desde un derecho de protección del hombre en relación de dependencia, cualquiera sea la forma”.



Y para una tercera posición, si bien en principio las normas imperativas del CCyC y las que tienen dicho carácter en la ley especial tienen el mismo rango, en algunos casos, por la particularidad de la norma imperativa especial, esta primaría por sobre la norma indisponible del Código, tal lo que por ejemplo sucede con la Ley de Defensa del Consumidor.<sup>32</sup>

Empero más allá de la discrepancia doctrinaria expuesta, a nuestro modo de ver, sea cual fuese la posición que adoptemos, cuando en materia de contratos una norma imperativa del Código colisione con una norma imperativa especial *laboral*, en principio y en la mayoría de los casos, esta última debería primar por sobre aquella, fuese porque para llegar a dicha conclusión adhiramos a la posición que sostiene la primacía de la norma especial por sobre la del Código, o porque entendamos que ambas tienen igual jerarquía y tengamos que resolver el conflicto normativo recurriendo a las normas constitucionales, debido a que, generalmente, estas últimas, al igual que lo hace la legislación laboral, otorgan preferente tutela a la persona humana, que en este caso se encontraría en situación de trabajo.

De lo expuesto hasta aquí, y conforme lo establece el propio CCyC, el orden de prelación normativo frente una colisión de normas laborales con disposiciones civiles y comerciales establecidas en el Código, sería el siguiente: 1. Las normas imperativas de la legislación especial (del trabajo); 2. Las normas indisponibles del Código Civil y Comercial; 3. Las disposiciones contractuales derivadas de la voluntad de las partes; 4. La norma dispositiva de la legislación laboral y 5. La norma supletoria del Código Civil y Comercial.

Esta conclusión, además, resulta ajustada a la regla derivada del principio protectorio establecida en el art. 9 de la LCT, conforme la cual “en caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador,

32 SIQAL, Martín, Renato, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, directores: RIVERA, Julio Cesar y MEDINA, Graciela, Coordinador: ESPER, Mariano, Tomo III, Editorial Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, Argentina, Año 2014, ISBN 978-987-03-2766-0, Pág. 220.



considerándose la norma o conjuntos de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo”. Pero también, la citada conclusión guarda suma coherencia con el principio *pro homine*, cuyo campo de aplicación no sólo abarca la interpretación de las normas, sino también se extiende a los supuestos de colisión normativa<sup>33</sup>.

## IV. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS CIVILES Y COMERCIALES EN MATERIA CONTRACTUAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DEL TRABAJO

Dejando ya de lado el plano de la jerarquía de las normas y trasladándonos al de su interpretación, podemos señalar que también desde la hermenéutica se han producido significativas transformaciones a partir de la sanción del Código. Es que, tal como lo expusimos al comienzo del presente capítulo, a partir de dicha sanción, toda la normativa civil y comercial se encuentra sujeta a nuevas reglas que remiten directamente a los Tratados de Derechos Humanos como base de su interpretación (arts. 1 y 2 del Código)<sup>34</sup>.

33 GIALDINO, Rolando, *Derecho internacional de los derechos humanos: Principios, fuentes, interpretación y obligaciones*, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires, Argentina, año 2013, pág. 113

34 Art. 1 CCyC: “Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”. Art. 2 CCyC: “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Pero, además, a partir de la vigencia del CCyC sus normas deben ser interpretadas conforme los principios establecidos en el Título Preliminar del Código, tales como son la buena fe (art. 9 CCyC); el ejercicio regular de los derechos (art. 10 CCyC); la limitación de la posición dominante (art. 11 CCyC) y el orden público (art. 12 CCyC), entre otros.

Asimismo, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo las normas civiles y comerciales también deben ser interpretadas conforme los principios de la justicia social y los generales del derecho del trabajo, y de la equidad y la buena fe (art. 11 de la LCT), y en particular, deben adaptarse a las reglas y principios que establecen: la nulidad de las condiciones menos favorables para el trabajador (art. 7 LCT); la aplicación de las condiciones que le son más favorables normadas en los CCT (art. 8 LCT); la aplicación de la norma que le es más favorable (art. 9 LCT); la continuidad de la relación de trabajo (art. 10 LCT); la irrenunciabilidad (art. 12 LCT) y la igualdad (art. 17 LCT).

En síntesis, más allá de la interpretación armónica que proponemos más abajo, toda norma establecida en el Código que se encuentre orientada a regular los contratos civiles y comerciales, y que luego de realizada la ponderación jerárquica respectiva (que vimos en el punto anterior) resulte aplicable a los fines de resolver un conflicto originado en el marco de una relación laboral, deberá: primero, pasar por el tamiz del principio protectorio establecido en el art. 14 bis de nuestra CN, luego, ser interpretada de acuerdo a las disposiciones de los Tratados de Derechos Humanos (conforme lo establecen los arts. 1 y 2 del CCyC) y a los principios establecidos en los arts. 9, 10, 11 y 12 del Código, y por último, ajustar su contenido al carácter antropocéntrico propio de las relaciones laborales, todo ello en consonancia con los principios *pro homine* y de *progresividad* que deben regir el paradigma en el que nos encontramos inmersos.

## V. REFLEXIONES FINALES

Tal como vimos a lo largo del presente trabajo, el CCyC ha establecido un nuevo orden jerárquico aplicable a los supuestos de colisión entre las normas que regulan los contratos civiles y comerciales y las establecidas en las diferentes legislaciones especiales, dentro de las cuales se encuentran las que rigen las relaciones de trabajo, incorporando, además, nuevas reglas de hermenéutica sobre el contenido de las primeras.

Sin embargo, en materia de contratos en particular, y a excepción de lo que sucede con los contratos de consumo, pareciera ser que el Código ha olvidado el contenido de sus primeros artículos, orientando la finalidad de sus normas hacia la protección de la actividad económica de las empresas, la tutela del mercado y de la propiedad y la defensa de la segu-



ridad del tráfico comercial<sup>35</sup>, sobre todo a partir del establecimiento de normas que limitan la responsabilidad de las partes que celebran los distintos contratos civiles y comerciales frente a terceros, dentro de los cuales se encuentran los trabajadores.<sup>36</sup>

Esta dicotomía y pugna entre la protección de la persona humana y la tutela del mercado, entre lo antrópico y lo sinalagmático, entre la dignidad y la patrimonialidad, entre los primeros artículos del Có-

digo y los que regulan los contratos civiles y comerciales en particular, esta *dualidad* que, como vimos, en la mitología romana era representada por Jano, nos lleva a pensar de qué manera debemos resolver los conflictos derivados de relaciones de trabajo desarrolladas en el marco de dichos contratos, sobre todo, porque en muchas ocasiones las normas que los rigen nos brindan una clara solución en materia de responsabilidad, pero que resulta contraria a los principios del Derecho del Trabajo.

Por nuestra parte, entendemos que, en estos casos, no corresponde descartar lisa y llanamente la norma civil y comercial y aplicar la normativa laboral, pero tampoco podemos dejar de lado el principio protectorio del trabajador, contrariando el mandato constitucional que fuera también receptado incluso en los primeros artículos del Código. Es por ello que, entendemos, corresponde llevar a cabo una *aplicación armónica* de las diferentes normas (civiles y comerciales y laborales), mixturando su contenido en base a la hermenéutica y al orden jerárquico expuesto a lo largo en el presente trabajo.

Como vimos, Jano representaba la *dualidad* y era el encargado de mantener la *armonía del universo*, integrando sus partes en un todo, y esa, es la premisa que consideramos debe ser siempre el faro que ilumina la resolución de conflictos derivados de relaciones laborales desarrolladas en el marco de contratos civiles y comerciales.

Es que, tanto el Derecho Privado como el Derecho del Trabajo son partes de un todo, son dos caras de un mismo dios.

<sup>35</sup> Con esta idea está de acuerdo la doctrina especializada en contratos civiles y comerciales cuando dice que el Código ha hecho "desaparecer las solidaridades pasivas que los derogados Códigos y la originaria redacción de la ley 19550 prevían ante un sinnúmero de situaciones, acaso homenaje a un sistema paternal o tutitvo que está claramente en retroceso cuando de lo que se trata en estos tiempos es de dar auspicio y pleno amparo a las actividades económicas de las empresas, para lo cual sus propias asociaciones y sistemas de colaboración deben ser tutelados. La generación de riqueza genuinamente nacida de procesos productivos y la consiguiente generación de empleo, es en efecto, el imperativo de esta época". Extraído de GEBHARDT, Marcelo, Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias - Análisis doctrinal y jurisprudencial. 3 D, Artículos 1227-1452 Derechos Personales, director: BUERES, Alberto J., Coordinadores: COMPAÑICCI DE CASO, Rubén H y GEBHARDT, Marcelo, Editorial Hammurabi - José Luis Depalma, 1ra edición, Buenos Aires, Argentina, año 2018, ISBN 978-950-741-912-6, Pág. 629. La idea de proteger dichos valores también surge del propio Anteproyecto del Código, en la medida en que se sostuvo que es "Código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales", en las cuales, agregamos nosotros, parece no haber lugar para la persona humana.

<sup>36</sup> Así, por ejemplo, tenemos que, por regla, en el negocio en participación quien responde frente a terceros es sólo el gestor, quedando los partícipes eximidos de responsabilidad. En el marco de las agrupaciones de colaboración, si bien los participantes responden en forma solidaria e ilimitada, lo hacen sólo por las obligaciones que asumen en nombre de la agrupación, y no, por ejemplo, cuando el representante contrata a nombre de uno de los partícipes. Las normas que regulan la unión transitoria establecen que no se presume la responsabilidad solidaria de los miembros de dicha unión. En el ámbito del consorcio en cooperación los miembros establecen en el contrato la proporción por la que cada uno responderá frente a terceros. En lo que al contrato de agencia se refiere podría pensarse que se ha intentado avanzar legislativamente por sobre el Derecho Laboral, puntualmente por sobre la normativa que regula el Estatuto del Viajante de Comercio. De la regulación del contrato de concesión comercial surge que el concedente no responde por las obligaciones del concesionario, similar a lo que expresamente se ha establecido entre el franquiciante y el franquiciado. Por último, en marco del contrato de fideicomiso, por regla, los acreedores personales del fiduciante y del fiduciario no podrían agredir el patrimonio fideicomitido y los acreedores del fiduciario en su calidad de administrador del patrimonio fideicomitido (mal llamados acreedores del fideicomiso), no podrían agredir los bienes personales del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario.





Silvia Díaz<sup>1</sup>

# LA ORALIDAD Y LAS NUEVAS ESTRUCTURAS



---

<sup>1</sup> Silvia Díaz, Magister en Derecho y Argumentación UNC, Docente en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social UNC y Vocal de la Sala Segunda de la Cámara Única del Trabajo de la Ciudad de Córdoba



## I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo intenta presentar algunas ideas para reflexionar sobre estructuras antiguas y modernas, que resultaron sacudidas por los inusitados acontecimientos vividos en dos mil veinte, que desató una crisis mundial con trastocamiento de nuestros hábitos de vida y de relación, que afectó a las personas, organizaciones empresarias, civiles e intermedias e inclusive las instituciones del estado de derecho. El marco de análisis indudablemente será a acotado a la confrontación de dos estructuras vinculadas con el quehacer cotidiano de los Tribunales del Trabajo, la oralidad y los recursos tecnológicos.

## II. EL ESCENARIO DE LOS CAMBIOS

La emergencia generada por la pandemia mundial, implicó un brusco cambio en las relaciones humanas en cuanto a la prevención y cuidado de la salud, que requirió, entre muchas de las medidas que se debieron adoptar, el aislamiento social primero y el distanciamiento social, luego, lo cual desde la perspectiva de la justicia involucró la adopción de diversas modificaciones para continuar con la tarea judicial, entre las más relevantes se puede mencionar el incremento acelerado de tecnología, cuya implementación ya había comenzado en el proceso judicial. Indudablemente los pasos dados en tal sentido no tienen retorno, aun cuando por la emergencia hayan sido tentativos o requieran de un mayor desarrollo.

El proceso actual se piensa desde una perspectiva operativa, enfocado en la gestión judicial sostenida por la tecnología, como recurso necesario de la vida actual, instalado en la realidad. Luego, si el proceso es parte de esa realidad, cuando ella cambia, el proceso también debe hacerlo, sería poco razonable no aceptar esta premisa.

Asimismo, la incorporación de instrumentos tecnológicos se piensa como un recurso dirigido a procurar un sistema más ágil, con mayor capacidad de adaptar con facilidad y sencillez, las diversas funciones a cumplir. Ese objetivo, sin duda algunapreciado y siempre buscado, durante el transcurso de los duros tiempos atravesados con motivo de esta crisis sanitaria que aún hoy nos aqueja, posibilitó dotar de versatilidad al sistema para enfrentar la emergencia y dar una continuidad que no hubiera sido posible sin tales recursos.

En este marco, resulta necesario reflexionar sobre algunas cuestiones que se encuentran involucradas, pues si la tecnología vino para quedarse y para alcanzar mejores logros en el proceso judicial, deben asegurarse estos objetivos, para ello se impone un examen desde la razón y no desde la vana idolatría de lo nuevo. Lo primero que debe considerarse, es que dos estructuras, más que re-

levantes, se unen para complementarse y, en esa interrelación que se genera no deben soslayarse las características y objetivos de una y otra.

A la estructura procesal se la acusa de lenta, pesada, formalista e inclusive vetusta y es posible que haya parte de verdad en esa, diría, disvaliosa apreciación. A su vez, a la tecnología se la presenta con la frescura, vanguardia, rapidez y movilidad que se busca en estos tiempos.

Dicho esto, es necesario tomar en consideración, que ambas estructuras son instrumentos para realizar objetivos mayores, la finalidad del proceso es la de hacer efectivas las garantías constitucionales y la de la tecnología, hacer efectivos algunos objetivos que se persiguen en el proceso. La premisa precedente muestra, en primer orden, los roles que cada instrumento debe cumplir y con ello, los niveles de actuación de cada una de ellas, consecuentemente, la jerarquía que cada instrumento reviste.

Esta consideración no es menor, pues involucra que, necesariamente, el rol de la tecnología debe subordinarse a las necesidades del proceso, toda vez que aquélla se implementa para que éste despliegue su potencialidad con mayor prontitud y versatilidad, posibilitando, en consecuencia, respuestas oportunas.

Los roles y jerarquías de estos instrumentos, parecieran una verdad de perogrullo, pero no lo es. Si se presta atención, en la mayoría de las publicaciones, esta cuestión no parece estar despejada. Claramente se advierte que la doctrina intenta acomodar conceptualmente el proceso a la tecnología, otorgándole una autoridad que conduce a los operadores a presentar reducciones de los actos procesales, restándoles importancia y valía, sin asumir la complejidad y relevancia que muchos de ellos presentan, criterio que asumen, posiblemente por solo sustentar el análisis desde una perspectiva teórica, sin considerar la praxis o sin haberla experimentado. Esta reducción, conceptual y de sustancia, se visualiza, particularmente, respecto de la audiencia de vista de causa. Formalmente, en la actualidad la diferencia entre una audiencia presencial y una audiencia receptada a través de video conferencia, es esencial. Seguramente a futuro, cuando la implementación de tecnología se desarrolle, alcance estándares de optimización en el proceso y ambas áreas hayan alcanzado el conocimiento que les permita amalgamar el lenguaje que las comunica, será factible que el acto celebrado por videoconferencia en sustancia sea como el celebrado de modo presencial.

La reflexión también debe dirigirse hacia el modo en que la implementación de tecnología impacta en las condiciones de los distintos actos procesales (v.gr. oralidad e inmediatez en la audiencia de vista de causa) así como, en la factibilidad de recursos para generar las condiciones estructurales que la tecnología requiere para implementarse, más allá de la emergencia y de modo indiscriminado. La deliberación que se propone no debe omitir considerar que el cumplimiento de muchos de esos actos, involucran elementos personales de los funcionarios y agentes, que pertenecen al ámbito de su privacidad, sin mencionar que el costo de su uso es asumido por ellos. En efecto, con frecuencia no se aprecia



esa conducta, en gran medida porque no se visibilizan los aportes tecnológicos personales que llevan a cabo los agentes, funcionarios y magistrados, con la utilización de equipos, wifi y datos móviles particulares, etcétera, para lograr que los procesos y, en especial las audiencias virtuales, no se frustren.

Finalmente, otro aspecto relevante a considerar en este escenario, es que subyace en los operadores jurídicos la idea o, en muchos, quizás la esperanza de lograr a través de la tecnología solucionar el problema de la lentitud de la justicia, que finalmente se logre hacer efectivo el llamado principio de celeridad que en todo proceso es importante y, en el ámbito del Derecho Procesal del Trabajo, más aún. La tecnología seguramente va a permitir mayor rapidez al desarrollo del proceso, pero hay otros factores que también deben considerarse, al evaluar la situación, pues intervienen directamente en la eficiencia que aporta la celeridad.

En definitiva, lo expresado solo ha sido un intento de mostrar, con premura y superficialmente, algunos puntos de esta problemática, con la expectativa de instalar el debate sobre la necesidad de avanzar en construcciones seguras, evitando los pasos en falso que suelen ser costosos, para la estructura judicial, y, más grave aún, para los ciudadanos involucrados en un litigio.

### III. PENSEMOS EN EL OBJETO DE PREOCUPACIÓN. LA CELERIDAD

La celeridad ha sido y es una pretensión constante en nuestro proceso laboral. Estuvo en la base de justificación invocada para sustentar la necesidad de crear un fuero especial, que viniera a dar respuesta a la urgencia y la desigualdad entre las partes e hiciera efectivo el orden público laboral.

En todo proceso y, en el proceso laboral en particular, la prolongación de los juicios genera agravio a los litigantes y también a la sociedad.

La celeridad no solo conforma una preocupación de los operadores judiciales, sino también de los legisladores, aunque esa preocupación se canaliza a través del dictado de nuevas normas o de modificaciones de las ya existentes, pero no comprende directivas políticas destinadas a proveer los recursos suficientes<sup>2</sup>.

El problema de la celeridad en el proceso, es una preocupación que siempre se ha presentado y reflexionado de modo parcial, sin una evaluación profunda y que proponga una visión integral de política judicial, en la cual intervengan los distintos sectores involucrados, permitiendo de tal manera, que se identifiquen los verdaderos obstáculos y se debata crudamente desde la responsabilidad que impone el cambio y no desde la culpa que pueda atribuirse desde el pasado.

La celeridad es una necesidad impostergable, al igual que asumirla como objetivo inalcanzable mientras no se reflexione, de modo conjunto sobre las estructuras, las normas, sus requerimientos y formalidades, sobre la capacitación de jueces, funcionarios y abogados en nuevas maneras de llevar adelante la función que cada uno debe desempeñar, para agilizar el proceso evitando dilaciones innecesarias, simplificando trámites y actuaciones jurisdiccionales y de parte<sup>3</sup>.

La relevancia de considerar y visualizar estos elementos radica en que generalmente solo producen quejas individuales, pero no se atienden como un verdadero problema, son “moneditas” que pasan

<sup>2</sup> Piénsese, en el ya histórico reclamo de la Cámara Única del Trabajo de la Ciudad de Córdoba, que desde mil novecientos noventa y uno permanece con la misma cantidad de salas, mientras que la población y la conflictividad, esta última por diversos motivos que no son objeto de análisis en este trabajo, creció a un ritmo que no pudo controlarse ni siquiera con la adopción de la estructura de Tribunales unipersonales.

<sup>3</sup> Una mínima mención de cuestiones que, conforme una mirada rápida de la práctica, evidencia como coadyuvantes de dilaciones innecesarias en el proceso, que por tanto deben modificarse, las resoluciones y escritos de parte, que deben asumir definitivamente el uso de lenguaje claro, preciso y conceptualmente conciso, con discursos atinentes que desarrollen argumentos y no citas de autoridad, que atiendan al objeto de la controversia. Ofrecimiento y diligenciamiento de prueba sobre hechos jurídicamente relevantes y controvertidos, atendiendo a las reglas de distribución de la carga de la prueba, etc.



desapercibidas, aunque si se computaran, se encenderían llamadores de advertencia sobre el dispendio superfluo y excesivo de actividad en los trámites, escritos de parte, resoluciones y sentencias.

Podetti señala, la justicia tardía no es justicia y la celeridad es un postulado constitucional, pues el preámbulo establece entre sus fines “afianzar la justicia”<sup>4</sup>. Hoy, es un postulado de la tutela judicial efectiva, consagrada en normas internacionales de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN). Luego, jurídicamente comporta una exigencia que no se debe soslayar.

Subrayar que la proximidad de la justicia al ciudadano se dimensiona en tiempo y servicios, involucra tener procesos céleres, pero de ningún modo procesos apurados<sup>5</sup>, pues la tutela judicial efectiva no se evalúa solo en términos de reducción temporal, sino de sustanciación eficiente, lo cual implica por supuesto simplificación de trámites, pero con resguardo de las garantías constitucionales, garantías que no conforman simples expresiones de preciosismo jurídico para ostentar en escritos jurisdiccionales, de parte o doctrinarios, sino directrices rectoras que deben presidir las decisiones que se adopten en materia procesal.

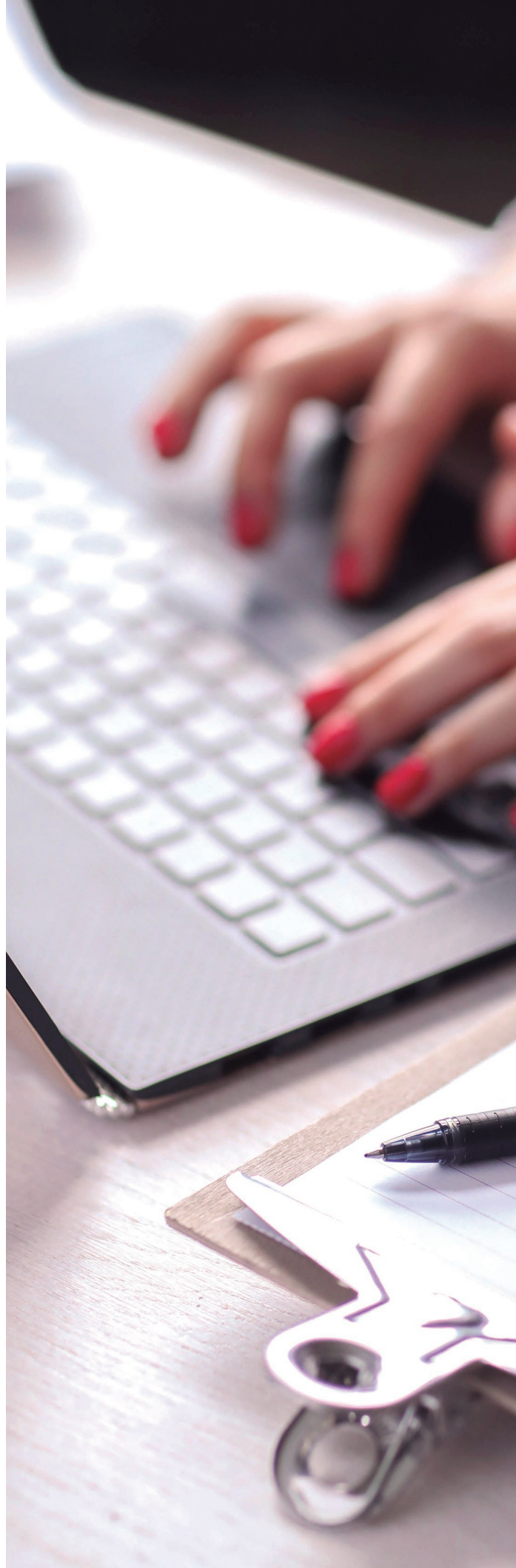
En tanto la celeridad depende de diversos factores, además de los problemas de la jurisdicción en sí, requiere reflexionar sobre el ejercicio profesional y, más complejo aún, sobre la política judicial del Estado y las prioridades para asegurar el mentado carácter relevante de la eficiencia en el acceso a la justicia y la resolución de los conflictos, generando estructuras normativas y materiales suficientes, que atiendan de modo concreto a la praxis.

El problema es profundo y complejo y, si bien la implementación de tecnología es un elemento valioso y debe ser superador, para que ella implique un avance real, debe ser incorporada racionalmente, tomando en consideración los fines a los que sirve el proceso. De lo contrario, solo contribuirá a generar, en el mejor de los casos, una reducción del trámite, en el corto plazo, cuando no una apariencia o ilusión de prontitud.

La incorporación de tecnología importa un cambio profundo, un cambio de paradigma en la concepción del proceso y en el desarrollo de la función, que conlleva la capacitación del área jurisdiccional en el manejo de las herramientas tecnológicas. A su vez, no debe soslayarse que el desarrollo tecnológico, tanto propio como adquirido, y la instalación de los equipamientos, generalmente es llevado a cabo por profesionales, técnicos e idóneos que, con frecuencia, no dimensionan las necesidades de quienes deben utilizar la tecnología en los procesos judiciales, de modo que resulte operativa y eficaz para la resolución de los conflictos. Por lo tanto, en paralelo con la reingeniería del sistema, los analistas y técnicos del área informática, en diálogo constante con el área jurisdiccional para atender sus requerimientos, deben trabajar en presentar una estruc-

4 PODETTI, J. Ramiro, *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Tratado de la Competencia*, T.I, editorial Ediar, 1973, p. 103.

5 Real Academia Española. *Célere*. Del lat. *celer*, -[i]ris. 1. adj. Pronto, rápido. *Apurado*. Del part. de *apurar*. 1. adj. Pobre, falto de caudal y de lo que se necesita.



tura amigable, que permita la revisión y análisis del expediente, de modo ágil y versátil, y cumplir las actuaciones de modo sencillo, de manera tal que se logren los objetivos de modernización y eficiencia, con resguardo de las garantías constitucionales.

A lo expresado, debe adicionarse otro aspecto a considerar, la aplicación de la tecnología al proceso judicial resulta altamente demandante y dependiente de dos elementos que no aparecían como indispensables en el proceso judicial estándar, energía eléctrica y, en especial, conectividad a internet.

En definitiva, el Poder Judicial debe dar respuestas céleres a los justiciables, pero tal calidad no implica que, por obtener rapidez, se acepte la insuficiencia en el reconocimiento de derechos. En tanto Poder que integra el Estado de Derecho, tiene el deber de tutelar sustancialmente las garantías constitucionales y, para ello, no solo debe ser fuerte jurídicamente, sino también en sus prácticas, en su ejercicio concreto de la jurisdicción.

## IV. ORALIDAD, COMUNICACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO

Podetti, con cita de Chiovenda, sostiene que por oralidad se entiende la *relación inmediata entre los jueces y las personas cuyas declaraciones los mismos están llamados a apreciar* [...]<sup>6</sup>. El sistema oral se considera hoy, ya casi sin resistencia, como una garantía de mayor eficiencia y eficacia en la resolución de conflictos. Claro está que la mayoría de los juristas en los últimos tiempos, han centrado el análisis en los nuevos procesos orales, los cuales presentan algunas diferencias con el que tramita ante las cámaras o salas del trabajo de la ciudad de Córdoba y se asemejan más al reglado en la Ley 10.596. Sin perjuicio de las diferencias que puedan presentarse en los aspectos centrales, el objetivo y desarrollo, básicamente es el mismo, con lo cual, el valor asignado al sistema de oralidad aplica para nuestra antigua oralidad.

Los juristas visualizan que la idea de humanizar la justicia se encuentra directamente vinculada con la adopción de la oralidad, puesto que conforma un sistema que posibilita la inmediación, la contradicción, la celeridad y economía del trámite, además de la publicidad de los actos estatales, lo cual, se cree, asegura una mayor calidad de la decisión jurisdiccional y en particular del debido proceso<sup>7</sup>.

La oralidad se erige como garantía de los valores indicados, si cuenta con una estructura suficiente y eficiente para alcanzar su cometido. Esa estructura

requiere en primer orden, la necesidad de un número de jueces suficientes para la instrumentación del sistema, es una previsión que debe considerarse y no solo al comienzo de la implementación del sistema, sino en el transcurso del tiempo. Es razonable que a través de los años se produzca aumento de la población, y la aparición de nuevas formas de conflicto, realidad que no ha sido contemplada por el poder político al determinar las políticas judiciales y que constituye una deficiencia que, entre otros aspectos, genera necesariamente un estancamiento en la resolución de conflictos.

Frente a esta circunstancia, que genera en los participantes del sistema inquietud y preocupación, se visualizan como instrumentos hábiles para despejar el problema, la videollamada o la videoconferencia, herramientas que, nuevamente durante la situación de emergencia, cumplieron indudablemente un rol relevante en la continuidad de la función y la posibilidad de acercamiento entre las partes y con el Tribunal.

Sin embargo, no se puede obviar que, estas herramientas miradas a futuro y en un retorno a la normalidad, aunque ésta sea “nueva”, reflexionar sobre las desventajas o inconvenientes que presentan y pueden presentar. El planteo precedente no conforma una negación al cambio de hábitos y mejoramiento de capacidades, sino precisamente se propone reflexión y debate sobre cómo deben cambiar los hábitos, de los miembros de la jurisdicción (magistrados, funcionarios y agentes), y de los integrantes de las áreas técnicas para que la reingeniería del sistema se adapte a la función y no a la inversa.

Esto, requiere trabajo conjunto, con representantes de la jurisdicción enamorados de la tecnología y con aquellos que presentan un razonamiento crítico, buscando el máximo de garantía para el adecuado desarrollo del debido proceso y de la defensa en juicio, considerando los tres pilares, ya citados, del Derecho del Trabajo, la urgencia, el orden público y la desigualdad de partes que, dieron origen al fuero especial.

También debe darse un cambio de hábito en los letrados, que deben reestructurar el ejercicio de su función y proponer su propio debate, hacia adentro de sus colegios y, en conjunto con la jurisdicción. Finalmente, el poder político también debe cambiar su hábito respecto de la política judicial, pues debe considerar, definitivamente en su presupuesto el otorgamiento de los recursos necesarios para el desarrollo tecnológico que se propone, proporcionando el equipamiento que se requiere para la realización de las tareas (hasta el momento realizado con los elementos personales de agentes y funcionarios principalmente, en particular en lo atinente a la telefonía celular)<sup>8</sup>, no solo por una cuestión de costos, sino y fundamentalmente, en cumplimiento del resguardo de la privacidad, la cual puede resultar comprometida al tener que proporcionar el número a personas que no integran su ámbito propio y privado. Ese aporte de bienes y servicios privados, a más de costoso y riesgoso, no se condice con el carácter público del servicio de justicia. La reflexión

6 PODETTI, ob. cit. p. 90.

7 REYES, Analía Verónica, “La oralidad y el control de las decisiones jurisdiccionales” en *Revista de Derecho Procesal- Los principios procesales*. 2020 -I-, Rubinzal -Culzoni Editores, p. 238.

8 La Ley 27.555 regla e los arts. 9 y 10 las obligaciones vinculadas con el otorgamiento de los instrumentos necesarios, mantenimiento, reparación y compensación por mayores costos en que incurran los trabajadores en cumplimiento de su función.



sobre estas cuestiones es necesaria para solucionar estos inconvenientes y, seguramente pueden superarse, pero lo que no se debe es obviar su examen.

En otro orden y reflexionando ya de modo directo sobre la implementación de audiencias mediante el sistema de videoconferencia, nuevamente se deja en claro que, no se discute la importancia durante la pandemia ni la necesidad de considerar su implementación y desarrollo, pero sí resulta necesario deliberar sobre sus requerimientos, presupuestos de aplicación, efectos y consecuencias. Indudablemente, abarcar todos estos aspectos conforma un desarrollo que excede la propuesta de este trabajo, por la extensión que requeriría y porque intentar una visión integradora, supone un trabajo en conjunto con otros operadores jurídicos involucrados en el sistema o, al menos, luego de indagar con la mayor profundidad posible sobre sus requerimientos.

El objetivo de esta presentación se restringe a lograr la atención sobre algunas pocas cuestiones que resultan preocupantes desde los objetivos que persigue el proceso y desde la significación que se asigna a algunos institutos (v.gr. intermediación), advirtiendo sobre el riesgo que genera minimizar conceptualmente la implicancia y los efectos en el proceso mismo y en la decisión.

En esta línea, repensando la oralidad, lo primero que rescata la dogmática jurídica es la necesidad de revisar la estructura básica de la comunicación humana. Falcón<sup>9</sup> presenta un tratamiento pormenorizado de esta materia e identifica cinco elementos básicos, que requiere la comunicación: emisor, receptor, canal, código y mensaje. Como lo señala Falcón *“la falta de cualquiera de estos elementos hace fracasar la comunicación y el defecto de cualquiera de ellos hace que la comunicación esté viciada y no pueda conseguir el objetivo que pretende, al menos de manera adecuada”*<sup>10</sup>.

No requiere de explicaciones la identificación de los conceptos de emisor (fuente) y de receptor (destinatario), pero si resulta relevante tener en consideración la diferencia de requerimientos entre una comunicación formal y el intercambio que opera en una conversación coloquial o informal, circunstancia que resulta relevante para evitar la traslación sin más de vivencias generadas en el ámbito privado, al análisis de la interrelación que debe verificarse entre los sujetos del proceso.

Otro elemento es el canal por el cual transita la emisión, la vía que realiza el contacto entre la fuente y el destinatario. El objetivo es generar el estímulo para que se produzca la recepción y ese estímulo se vehiculiza a través de los sentidos (visual, auditivo, táctil, gustativo u olfativo). A su vez, el canal puede ser natural (una persona se dirige a otra) o artificial (carta, teléfono) y, puede suceder que el canal no sea suficiente para lograr la recepción, sino que requiera el cuarto elemento de la comunicación, esto es, contar con un código, el que se conforma con una serie de reglas compartidas entre los integrantes de la comunicación, reglas conocidas y aceptadas por las partes involucradas.

Finalmente, el quinto elemento de la comunicación es el mensaje, lo que se quiere transmitir y para alcanzar dicho objetivo hay que considerar la necesidad de adecuar el lenguaje, conforme las circunstancias de la comunicación y las personas que participan, sin perjuicio de lo cual, la regla debe ser el lenguaje sencillo, claro y conciso.

Sin perjuicio de contar con estos elementos, considerados básicos en la comunicación, es factible que se verifiquen interferencias generadas por distintos factores, que puedan perturbar o entorpecer la comunicación y afectar su fidelidad. Esas interferencias pueden estar vinculadas con la calidad de la comunicación o estar relacionadas con las cualidades particulares de cada persona. A modo de ejemplo se mencionan algunas que, por lo frecuentes en nuestro ámbito, resultan fácil de identificar. Ellas son las interferencias generadas por el contexto, conformado por las personas presentes, el lugar en el cual están, lo que dicen o lo que han dicho; las interferencias que generan los problemas de lenguaje como la ambigüedad, la vaguedad o las redundancias y finalmente las interferencias que ocasionan perturbaciones indeseables, como el ruido.

Prestar atención a estas situaciones de entorpecimiento en la comunicación, resulta indispensable, en tanto el lenguaje oral tiene características propias, conforma un sistema completo y autónomo, un verdadero código de comunicación, distinto del lenguaje escrito, es el instrumento que permite la efectivización de la audiencia de vista de causa. Luego, si ella se pretende celebrar a través de videoconferencia, resulta más que necesario verificar la presencia de los presupuestos básicos de comunicación, y su actuación de manera apropiada, lo cual en este primer estadio del desarrollo del sistema de videoconferencia, no siempre se ha logrado, pues sin perjuicio del esfuerzo del Poder Judicial por implementar el sistema *Cisco Webex Meetings*, la conectividad en los distintos lugares en que se encontraban los intervinientes en el acto procesal, con frecuencia, no resultaba adecuada, por lo cual, para evitar desconexiones o evitar ruidos que entorpecieran la comunicación, se debían mantener cerrados los micrófonos y, esa circunstancia, compromete la fluidez que debe presentar el acto. A ello debe adicionarse que, en algunas ocasiones, problemas de insuficiencia en la intensidad de sonido, perturban la comunicación, lo que se agrava cuando a la deficiencia verificada en la emisión del mensaje, resulta afectada por una interferencia verificada en el receptor, cuando se intenta detener al hablante y solicitarle que reitere la explicación. El acto, en tales condiciones, pierde la consistencia sustancial que asegura la fluidez en la oralidad, genera demora en la recepción de la prueba y tensión frente a la imposibilidad de arbitrar los medios para solucionar el inconveniente, tensión que, cuando el problema perdura en el transcurso del desarrollo del acto, dificulta la concentración en los hechos a investigar, requiriendo un esfuerzo adicional para alcanzar el objetivo. Estos inconvenientes, que requieren de una evolución general en las condiciones tecnológicas, no deben soslayarse y deben ser evaluadas, pues es factible que los equipos técnicos cuenten con elementos y medios necesarios para arbitrar soluciones o al menos paliativos que permitan mejores resultados.

9 FALCÓN, Enrique M., *“La Comunicación Efectiva”* en *Revista de Derecho Procesal- La oralidad en el proceso*, 2019-1, Rubinzal-Culzoni Editores.

10 FALCÓN, ob. Cit., p. 20.



## V. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR INMEDIACIÓN

En vínculo directo con la oralidad se encuentra la inmediación, como elemento característico y distintivo del proceso oral y como exigencia ineludible en la recepción de la prueba. Entre oralidad e inmediación hay una relación de reciprocidad que garantiza la recepción de la prueba por el juez, sin posibilidad de delegación en otros sujetos procesales, lo que permite el contacto directo entre el juez y las fuentes, en cuanto elementos que existen en la realidad, ajenos y extraños al proceso e incorporados a este a través de los medios de prueba, para acreditar las aseveraciones realizadas sobre hechos que conforman la controversia<sup>11</sup>.

El concepto de inmediación es un concepto robusto, que supone una presencia comprometida del juez en las actuaciones y que, en la actual apreciación de la oralidad, sustenta la reafirmación y fortalecimiento de las facultades de actuación del juez, como director del proceso.

Ese carácter vigoroso del concepto inmediación no supone solo concentración y fortalecimiento de facultades, sino y fundamentalmente, extremar la exigencia de los deberes del juez en la valoración de la prueba, para evitar que ese fortalecimiento de los poderes dirigidos a “establecer la verdad de los hechos controvertidos” (art. 33 LPT), trasuntan una indagación formal y vacía, que solo podría sostener un preconceito asumido con anterioridad al contacto con las fuentes de prueba, incorporadas a través de los distintos medios ofrecidos por las partes.

<sup>11</sup> BABIO, Alejandro Oscar; *Teoría y técnica probatoria en el proceso laboral*; Librería Editora Platense, 1998, p. 54. “Constituyen fuentes de prueba todos los objetos integrantes del mundo exterior que resulten sensorialmente perceptibles, ya sea en forma directa o bien mediante la utilización de medios físicos o mecánicos, al igual que los hechos del hombre preexistentes a la promoción del proceso, pudiendo señalarse como tales a los monumentos, los documentos preconstituidos, la persona del absolvente, los testigos, etc. Son medios de prueba los arbitrios, a que recurren las partes o el juez, para incorporar dichas fuentes de prueba al proceso, con la finalidad de acreditar la veracidad de determinada afirmación efectuada, con respecto a algún hecho controvertido, conducente a la solución del litigio; v.gr.: la absolución de posiciones, las declaraciones testimoniales; las pericias técnicas, médicas o contables; el reconocimiento judicial de lugares o cosas, etc.”

En la doctrina jurídica se advierte que, respecto de las audiencias de vista de causa celebradas mediante videoconferencia, se ha agudizado la dicotomía, entre la pomposidad con la cual se rescata y pregona la inmediación, y la reducción conceptual que se presenta, de su nota definitoria, el “contacto directo con la prueba”, expresión respecto de la cual no se han formulado interrogantes que atiendan a la multiplicidad de perplejidades que puede generar, desde la identificación de su contenido hasta sus consecuencias. El concepto ha quedado prácticamente acorralado al cumplimiento de recaudos que casi trasuntan una formalidad, presencia del juez y ejercicio de ver y oír al declarante. No hay en esta concepción, análisis sobre la efectividad que debe verificarse en la comunicación, tampoco intento de constatar si se cubren los presupuestos básicos de la comunicación y, si ello no ocurre, cuál de los presupuestos es el que está ausente o debilitado en su presencia, y luego, concretamente, qué imposibilita esta falencia, cómo repercute en la inmediación, qué consecuencias acarrea y cuáles derechos o garantías pueden quedar afectados.

Todo lo examinado destaca la importancia del contacto con la prueba, y la complejidad de su percepción y análisis está siempre presente, aunque su gradación varíe dependiendo del tipo de proceso o del contenido de la controversia. Esta circunstancia permite advertir que, por lo menos en la actualidad, la videoconferencia no siempre permitirá un desarrollo aceptable de la inmediación, asegurando la incorporación sustancialmente completa de la información, sin excluir elementos de juicio, aunque puedan aparecer con un valor relativamente escaso.

La complejidad también se presenta, por la arraigada y errónea concepción de creer que el juez, con base en “su experiencia”, se encuentra en condiciones de analizar y determinar cuáles motivos de carácter subjetivo (confianza o inseguridad, memoria o desmemoria, modo en que se expresa una persona), conforman datos relevantes para conocer si una persona dice la verdad o miente. Estas apreciaciones resultan arbitrarias y generan un pronunciamiento de igual disvalor, aun cuando



no se expresen en la decisión, siempre que generen algún tipo de convicción en el juez, no cumple con los estándares de valoración racional de la prueba<sup>12</sup>, con lo cual todo razonamiento que se sustente en ese preconcepto conforma una falacia. En este marco la audiencia receptada mediante videoconferencia, con los problemas de comunicación que pueden surgir y la inseguridad sobre el resguardo de su autoridad, pueden producir un mayor apego o, al menos, una marcada tendencia a continuar con estos viejos vicios y preconceptos.

## VI. CONCLUSIÓN

Como se expuso al comenzar este trabajo, la idea es presentar puntos a reflexionar y, tratar de motivar al debate sobre temas que se asumen con una naturalidad, que no tienen. A su vez, se trata de institutos y conceptos que conforman la columna vertebral del proceso y, por tanto, deben presentar la consistencia necesaria para sostener una estructura que carga con el desgaste de sus años de actuación, pero que debe estar en condiciones de adaptarse a su nuevo compañero, el desarrollo tecnológico.

Asimismo, este último aparece como un sujeto incipiente, inmaduro para asumir el control de la actividad que genera el proceso, pero puede consolidarse como un coadyuvante que brinde seguridad y resguardo a través de medios electrónicos

o videograbaciones. De todas maneras, aún como soporte tecnológico su implementación y uso genera perplejidades, pues se sostiene que estas videograbaciones permitirán una intermediación doble (en la audiencia y posteriormente examinando la videograbación) y también consideran una intermediación virtual, que en el proceso permitirá el conocimiento de los actos orales para los casos de enfermedad, ausencia, jubilación o muerte del juez que atendió la audiencia, sin volver a realizar todos los actos<sup>13</sup>. La pregunta es, si la intermediación es el contacto directo del juez con la prueba, fuente y medio, en una declaración testimonial, el contacto directo del juez en el supuesto de jubilación señalado, es con el aparato que transmite la videograbación, esa es su fuente no el testigo, la intermediación que proporciona la oralidad, en tal supuesto se desvirtúa, pues el juez reemplazante solo puede apreciar lo que el testigo ha respondido frente al interrogante de otro juez y de las partes, pero no respecto de las propias perplejidades, las que pueden no ser salvadas por la grabación, si solo se restringe a ese interrogatorio. El contacto directo aparece limitado y la oralidad coartada, además de perderse la nota definitoria de la oralidad, que impide que la prueba sea receptada por un intermediario. Mucho para pensar y tratar de aportar coherencia conceptual a la interpretación y aplicación conjunta de las normas y la realidad.

De todas maneras, que se verifiquen estas situaciones de derecho apurado en vez de derecho celer, no impide los buenos aportes que la conjunción de proceso y tecnología, pueden lograr, con las prevenciones realizadas.

<sup>12</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi; *La valoración racional de la prueba*; Ed. Marcial Pons, 2007.

<sup>13</sup> FALCON; *ob. cit.* p. 29





Andrea Isabel Franconi<sup>1</sup>

# VIOLENCIAS Y MODIFICACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO

<sup>1</sup> Abogada (Diploma de Honor), Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Orientaciones en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social; Derecho Notarial. Master en "Industrial and Employment Relations" Universidad de Turín (Italia) y Centro Internacional de Formación OIT. Doctoranda de la Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, España. La temática de mi investigación doctoral es "Género y Derecho del Trabajo". Diplomada "International Labour Standards" Centro Internacional de Formación OIT. Diplomada "Estrategias en Derecho del Trabajo Comparado" Universidad de Sevilla. Docente de la Facultad de Derecho de la UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, Argentina. Directora Académica del Seminario sobre Acoso y Violencia en el Mundo del Trabajo, Facultad de Derecho de la UNIVERSIDAD DE ROSARIO, Argentina. Docente invitada Colaboradora y/o Investigadora en Universidades de América Latina (Universidad Indoamericana de Ecuador, Universidad Católica Andrés Bello de Venezuela, Pontificia Universidad Católica de Santo Domingo República Dominicana, Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad Nacional Autónoma de México -UNAM-, Universidad Nacional de Córdoba), Europa (Sapienza, Universidad de Roma, Italia; Universidad de Nápoles Parthenope, Italia) y Asia (Prince Mohammad Bin Fahd University, Arabia Saudita). Integrante de la Delegación Gubernamental Argentina ante la 106 y 108 Conferencia Internacional de la OIT (Ginebra). Integrante del Comité sobre Empleo y Trabajo Decente para la Paz y la Resiliencia (Ginebra, 2017), que negoció la Recomendación 205 en dicha materia, e integrante del Comité de Redacción de dicha NIT por GRULAC (GROUP OF LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COUNTRIES). Integrante del Comité sobre Violencia y Acoso en el Mundo del Trabajo (Ginebra, 2019), que negoció el Convenio 190 y Recomendación 206 en dicha materia. Integrante de la Delegación Argentina y Coordinadora de Redes de la Sección Mundial de Jóvenes Juristas de la Sociedad Internacional del Derecho del Trabajo. Ex Jefe División Regulación Laboral – Dirección Nacional de Vialidad de Argentina. Miembro de la Junta de Asesores Legales del Consejo Vial Federal de Argentina. Ex negociadora ante Comisiones Paritarias permanentes y específicas de Negociación Colectiva por el Estado Nacional Argentino. Actual Jefe de la División Asesoramiento Legal de la Unidad de Género y Diversidades de la DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD. Integrante del Consejo Editorial de la Revista Legislação do Trabalho, Brasil. Autora de diversos artículos y obras colectivas en el país y en el extranjero. Expositora en Congresos, Jornadas y seminarios sobre Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Consultora Externa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) Ginebra y Centro Internacional de Formación de la OIT, Turín). Docente Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo (Turín). Miembro del Equipo en "Social Protection, Governance and Tripartism" del Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo.



## I. INTRODUCCIÓN

Entendidas sin ninguna referencia adjetivadora, las violencias son un fenómeno social que ha acompañado al ser humano a lo largo de su devenir histórico.<sup>2</sup> Las imágenes y las descripciones de actos violentos invaden los medios de comunicación. Están en nuestras calles y en nuestros hogares, en las escuelas, y por supuesto, también en los lugares de trabajo. Son un azote *ubicuo* que desgarga el tejido comunitario y amenaza la vida, la salud y la prosperidad de la sociedad toda.<sup>3</sup>

Entender cómo operan las violencias implica comprenderlas como fenómeno transversal que se presenta en todas las relaciones sociales y que por lo tanto, en todo contexto en que estas se generen existe el riesgo de su existencia. Resulta lógico así comprender que su manifestación también ha de producirse en el área del trabajo humano, como parte de un continuo de comportamientos que se proyectan desde la sociedad hacia el centro del poder empresarial. En el mundo del trabajo son una amenaza para la dignidad, la seguridad y la salud de los trabajadores, constituyen una alteración de sus derechos como ciudadanos dentro de la empresa, e involucran una potencial violación o abuso de derechos humanos considerados fundamentales<sup>4</sup>.

De hecho, este punto se encuentra en el centro de los esfuerzos que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) despliega para promover el derecho de todos los seres humanos a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades. Precisamente, el tema ha sido puesto de relieve a nivel mundial con la adopción de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en el Sistema de Naciones Unidas y la aprobación en el marco de la OIT del Convenio 190 y Recomendación 206 sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo.

Si bien las violencias siempre han estado presentes tanto en mundo del trabajo como en el mundo del derecho del trabajo<sup>5</sup>, solo recientemente, con la aprobación de estos nuevos instrumentos, se ha generado la toma de conciencia general en el sentido de que constituyen “riesgos psicosociales” y, que como tales, requieren de tratamiento también desde el ámbito empresarial y dentro del contrato de trabajo. Se impone así una resignificación del deber de cuidado y buena fe del empleador, pasándose de un rol pasivo (no dañar) a uno activo (prevención y modificación), frente a las denuncias efectuadas por víctimas de violencias en el mundo

del trabajo y aún fuera de este, cuando su impacto podría afectar de forma negativa dicha órbita.

El uso de las facultades del empleador (“*ius Variandi*”) en este contexto, puede tener una connotación positiva o negativa, dependiendo de las formas de su ejercicio, ya sea, fuera de su marco de legalidad -como forma de ataque violento-, o bien, a fin de generar nuevas buenas prácticas empresariales que garanticen el principio de Tolerancia Cero frente a las Violencias en el Mundo del Trabajo. Su análisis y resignificación son materias del presente, a la luz de los contenidos que los nuevos estándares internacionales conllevan en aras a la interpretación del alcance de los deberes y derechos del empleador, así como su impacto en el contrato de trabajo.

## II. VIOLENCIA, TRABAJO Y REIVINDICACIÓN DE LA CIUDADANÍA EN LA EMPRESA

Desde una perspectiva funcional, la historia del Derecho del Trabajo puede ser entendida como la lucha del Derecho contra la violencia, toda vez que la aparición y desarrollo de esta área del sistema jurídico implicó la prohibición de la imposición de condiciones de trabajo por la fuerza, es decir a través de la violencia (esclavitud), la cual fue reemplazada por el deber de obediencia que implica la subordinación económica, técnica y jurídica.

La subordinación es una categoría jurídica, que ha sido construida por el derecho del trabajo como un elemento diferenciador. Supiot afirma que es “*la relación en que uno puede mandar y el otro ha de obedecer. Es decir: que la cuestión del poder se halla en el corazón mismo del derecho del trabajo*”<sup>6</sup>. Esencialmente la relación de trabajo dependiente es una relación de poder legitimada por el sistema jurídico<sup>7</sup>.

La aparición del contrato de trabajo implicó, el reconocimiento del trabajador como persona libre para disponer de su capacidad de trabajo, “*pero al mismo tiempo lo colocó en condiciones de sometimiento*”<sup>8</sup>, y tal vez por esta convivencia contradictoria, “*el Derecho del Trabajo, a partir de su centro histórico de imputación, que es el contrato así configurado, puso en evidencia la ineptitud radical de este último para hacerse cargo de la función de regular la relación resultante, e incorporó una tipología de acciones tendientes a imponer límites al sometimiento*”<sup>9</sup>. Es que, si

2 VALDÉS DAL-RÉ, F. (2012): “Violencia Laboral y Derechos Fundamentales”, en [https://www.juntadeandalucia.es/empleo/earl/portal/c/document\\_library/get\\_file?uuid=493d7b05-26aa-455e-803b-61fb6264fa5e&groupId=10128](https://www.juntadeandalucia.es/empleo/earl/portal/c/document_library/get_file?uuid=493d7b05-26aa-455e-803b-61fb6264fa5e&groupId=10128).

3 OMS, Informe Mundial sobre la Salud, 2002.

4 Ibid cit. pg. 54.

5 La Declaración de Filadelfia (1944), ya sostenía que: “*todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades*”. Asimismo, cabe recordar los Convenios 100 y 111 OIT, así como también los principios y derechos consagrados en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998) de la OIT y los convenios relativos al trabajo infantil y a la seguridad y salud en el trabajo (SST), que también son fundamentales para combatir la violencia en el trabajo.

6 SUPIOT, Alain. *Crítica del derecho del trabajo*. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996. Pág. 133.

7 BENITEZ, Oscar Eduardo, *Primeras reflexiones sobre otra perspectiva de la relación de trabajo*, Revista de Derecho Laboral Actualidad de Rubinzal Culzoni (Santa Fe, 2016) Tomo 2, pg. 40/41

8 GOLDIN, Adrián, *Algunos Rasgos Definitorios de un Derecho del Trabajo en Proceso de Cambio*, Relaciones Laborales 2. Madrid (2014) pgs. 30-31.

9 Ibid cit. GOLDIN, Adrián, *Algunos Rasgos Definitorios de un Derecho del Trabajo en Proceso de Cambio*, Relaciones Laborales 2. Madrid (2014) pgs. 31.



algo caracteriza al Derecho del Trabajo es el individuo colocado en desigualdad frente al empleador<sup>10</sup>. Fue motor de su génesis y es su logos permanente: su finalidad protectora del más débil y expuesto personalmente en la relación de trabajo, creando instrumentos de limitación de potestades del empleador en el intento equilibrador de poderes y de civilización de las relaciones económicas sociales<sup>11</sup>.

Justamente, porque las relaciones desequilibradas de poder son oportunidad de riesgos de sufrir violencias, nuestro ámbito se convierte en uno de los que desde sus inicios (con la primera revolución industrial) es proclive a exhibir algunas de sus mayores y más silenciosas manifestaciones. A veces naturalizadas, creyendo que *per se* esa subordinación implicaba aceptar la privación de derechos fundamentales, omitiendo el hecho de que la incorporación de una persona a una organización empresarial ajena no implica la pérdida de su condición de tal y de sus derechos civiles. El concepto de *ciudadanía en la empresa*<sup>12</sup> viene a exaltar la relevancia de esa privación, desde que una de sus expresiones más relevantes es el derecho de la persona a la integridad física, mental y emocional.

Los derechos constitucionales laborales inespecíficos, son los derechos fundamentales reconocidos a toda persona, a todo ciudadano, en cuanto son ejercidos por los trabajadores en el seno de una

relación laboral<sup>13</sup>. Por tanto, el trabajador lleva consigo unos derechos inherentes a su persona, previos al contrato de trabajo y de superior rango, a los que en éste puedan acordarse<sup>14</sup>.

Tradicionalmente, el ejercicio de la autoridad y de un control sobre otras personas en el lugar de trabajo han sido considerados como formas legítimas de poder. Sin embargo, cuando ese poder se utiliza indebidamente, puede constituirse en una fuente de violencia en el lugar de trabajo y como tal implica una violación directa de los derechos de ciudadanía en la empresa de los trabajadores afectados. Es que, “...en todas y cada una de las modalidades de violencia laboral, entra en juego y se vulnera un derecho fundamental”<sup>15</sup>. Y por lo anterior, uno de los elementos comunes a todas las manifestaciones de violencia, es que en ellas hay una conducta que lesiona de manera directa y efectiva un bien jurídico que ha merecido protección por el ordenamiento.

Retomando esta concepción, el preámbulo del Convenio 190 de la OIT, sostiene que la violencia en general y el acoso en particular, “*pueden constituir una violación o un abuso de los derechos humanos*”, que “*son una amenaza para la igualdad de oportunidades, y son inaceptables e incompatibles con el trabajo decente*”<sup>16</sup>. La visibilización de la problemática, ahora a través de estos estándares internacionales, conlleva repensar el correcto uso del poder en el ordenamiento empresarial.

10 HUECK, Alfred y NIPPERDEY, Hans, *Compendio de Derecho del Trabajo*, Ed. Rev. de D. Privado, Madrid, 1963, página. 45; SUPLOT, Alain, ¿Por qué un derecho del trabajo?, *Documentación Laboral*, Nro. 39, 1993-1; Introducción a las reflexiones sobre el trabajo, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 115, 1996, num. 6 y op. cit. pag. 84.

11 ACKERMANN Mario, en *Ensayos sobre un Futuro para el Derecho del Trabajo*, Ed. Zavallia, Bs. As. 1997, pag. 15 y LYON CAEN-JEAMMAUD, op. cit. pag. 10.

12 PALOMEQUE LÓPEZ utilizó por primera vez la construcción técnica relativa a los derechos constitucionales laborales inespecíficos en el prólogo al libro de RÓJAS RIVERO, G.P.: *La libertad de expresión del trabajador*, Trotta, Madrid, 1991, p. 7 a 9. Por otro lado, la noción ha gozado desde su presentación de general aceptación y predicamento dentro de nuestra doctrina y jurisprudencia, trascendiendo incluso el ámbito del ordenamiento español.

13 PALOMEQUE LÓPEZ junto a ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pp. 153 y ss.

14 VALDES DAL-RE, F.: “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia”, *Relaciones Laborales*, no 22, 2003, p. 1. Asimismo, OJEDA AVILES establece la distinción entre los derechos internos de la relación laboral y los derechos externos de la ciudadanía que son erga omnes e indisponibles y acompañan al trabajador en todo momento y lugar.

15 Ibid cit. VALDES DAL RE, pg. 2.

16 Considerando 6, Convenio 190 OIT.



### III. *IUS VARIANDI* O ABUSO DE PODER?

La atribución de modificar las modalidades y formas de organizar las tareas del empleador ("*Ius Variandi*"), entendida como un conjunto de potestades para la organización del sistema de producción de bienes y servicios, debe ejercitarse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador<sup>17</sup>. Su ejercicio debe respetar las siguientes condiciones: ser razonable, no alterar elementos esenciales del contrato, no afectar material ni moralmente al trabajador, no ser utilizado como medida sancionatoria<sup>18</sup>.

Esta mirada clásica del *Ius Variandi*, necesita ser analizada una vez más a la luz de la problemática de las violencias previamente descripta. Los límites en el ejercicio razonable del *Ius Variandi*, abarcan la necesidad de fundarse en la lógica empresarial de explotación y en miras del interés colectivo y no en un interés personal basado en caprichos o con propósito hostil de quien ejerce dicha facultad. La novación dispuesta unilateralmente debe responder al principio de buena fe y de previsión del empleador, por lo que el *Ius Variandi* está diseñado como una herramienta útil para la empresa, pero nunca como un dispositivo de persecución contra el trabajador.

El límite a la facultad discrecional del empleador, respecto al ejercicio del derecho de organización ha sido consagrado en distintas legislaciones. En Argentina, el Artículo 66 de la Ley de Contrato de Trabajo (L.C.T.), expresa: "*El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador*". Y como contrapoder a lo anterior, expresa que cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas.<sup>19</sup> Al respecto, en el caso "*Rigo, Graciela c/ Activa AFJP SA s/ despido*"<sup>20</sup> el tribunal se expresó diciendo que el derecho que concede el art. 66 de la L.C.T. debe ser ejercido con razonabilidad, límite que se encuentra consignado en el art. 68 de la L.C.T. al establecer que "...*siempre se cuidará de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho*".

17 DATTOLI, Daiana A., Laboral. El Ejercicio del *Ius Variandi*, 2019, Texto recuperado de: [http://www.utsupra.com/php/index2.php?id=A00387940040&base=articulos\\_lab](http://www.utsupra.com/php/index2.php?id=A00387940040&base=articulos_lab), Último ingreso: 02/05/2019.

18 ACKERMAN, Mario E. (Director); *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*; Tomo 1º; Segunda Edición; Ed. Rubinzal-Culsoni; (2017).

19 Art. 66º, Ley 20.744, Ley de Contrato de Trabajo (Artículo sustituido por el Art. 1º de la Ley 26.088, B.O. 24/04/2006) Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/teexact.htm>. Último Ingreso: 05/02/2020.

20 *Rigo, Graciela c/ Activa AFJP SA s/ despido*, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Argentina, Sala II, 09/10/1998, Cita Online: 70005974.





Es aquí donde el contenido de estas normas clásicas de regulación del contrato de trabajo, han de ser reevaluadas a la luz de los nuevos estándares internacionales. El ejercicio abusivo de las facultades empresariales que implique la configuración de violencia y/o acoso<sup>21</sup> también pueden de ser rechazadas utilizando los mecanismos previamente evocados.

Tanto el abuso del *Ius Variandi* como las violencias en el mundo del trabajo generan daño en la persona.<sup>22</sup> Sin embargo, no todo abuso del *Ius Variandi* puede ser considerado un acto de violencia contra el trabajador, puesto que ello dependerá de las características del caso, de acuerdo a los requisitos previstos por la normativa vigente para la configuración de ambas figuras jurídicas (a saber, ejercicio abusivo del *Ius Variandi* y Violencia y/o Acoso). El abordaje de la problemática desde esta perspectiva produce que lo primero que deba analizarse en casos en que se denuncian supuestos de violencia laboral no es el proceder de la persona que denuncia su sufrimiento, sino el de aquellos sujetos que se encuentran obligados a evitarla.

## IV. VIOLENCIAS Y METAMORFOSIS DE LOS DEBERES ORGANIZACIONALES

La relación de poder legitimada por el orden positivo no sólo otorga al empleador una potestad para la organización y dirección del trabajo, sino también la responsabilidad por la forma en que dicho poder se ejerce y los riesgos que ello genera, conforme la normativa específica y general<sup>23</sup>. Es que, siendo que el contrato de trabajo se genera y ejecuta en el marco de diversas relaciones sociales, quien se aprovecha de los beneficios que genera la organización del trabajo es el primer responsable de la generación de dicho riesgo y por lo tanto quien más precauciones debe tomar al respecto y responder ante la configuración de un supuesto de violencia.

Tradicionalmente, el “deber de seguridad”, evoca *“al cúmulo de acciones exigibles al empleador para tutelar la integridad psicofísica de cada uno de los trabajadores que dependen de éste... (pues) si el empresario puede dar órdenes en cuanto al tiempo, lugar y modo de la prestación del trabajador, le es exigible como deber procurar que no sean nocivas para el trabajador y que éste resulte indemne tras su cumplimiento”*.<sup>24</sup> Así, el principal se encuentra no sólo legitimado para tomar toda acción en post de

21 Conforme a la definición dada por el Artículo 1 del Convenio 190 OIT.

22 JAÍMES, Enzo D., *Diferencias y Similitudes de abuso del Ius Variandi y Mobbing Laboral*, Editorial La Ley Online, 2017, Cita Online: AP/DOC/339/2017

23 Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187); Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (núm. 121).

24 MAZA, Miguel Ángel, *El “mobbing”, la violencia laboral y las condiciones dignas de trabajo*, RDL Rubinzal Culzoni, Año 2009 N° 1, pg. 431



preservar la integridad de sus dependientes, sino que es una exigencia impuesta al “buen empleador” derivada del principio de buena fe.<sup>25</sup>

En la reunión de expertos convocada con miras a la negociación del Convenio 190 OIT<sup>26</sup> se resaltó que los gobiernos, los empleadores y los trabajadores tienen una función que desempeñar a la hora de velar por el cumplimiento de la legislación y la política, y al adoptar iniciativas proactivas, estableciendo un nuevo campo obligacional para el tratamiento de las Violencias en el Trabajo. Haciendo eco de estas reflexiones, el Convenio conceptualiza a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo como un “riesgo psicosocial” (art. 9 Inciso b).

Una de las líneas de acción prioritarias para abordar los riesgos psicosociales en el trabajo ha sido delimitar el fenómeno y su manifestación, para luego desarrollar acciones específicas, eficaces y pertinentes que implican, entre otras cosas, hacer una evaluación y una nueva organización del trabajo. El artículo 9.4 del Convenio 190, sobre protección y prevención, encomienda: “a) adoptar y aplicar, una política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso; b) tener en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo; c) “identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso..., y adoptar medidas para prevenir y controlar...”.

Por su parte, la Recomendación 206 complementa dichas prescripciones estableciendo que en la evaluación de riesgos en el lugar de trabajo “se deberían tener en cuenta los factores que aumentan las probabilidades de violencia y acoso..., incluyendo los peligros y riesgos que: a) se deriven de las condiciones y modalidades de trabajo, la organización del trabajo y de la gestión de los recursos humanos..., b) impliquen a terceros..., y c) se deriven de la discriminación, el abuso de las relaciones de poder y las normas de género, culturales y sociales que fomentan la violencia y el acoso”<sup>27</sup>.

Asimismo, se incluyen deberes que van desde las expresiones genéricas “... respetar, promover y asegurar el disfrute del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso”<sup>28</sup>, hasta “tener en cuenta la violencia y el acoso... en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo”; así como “proporcionar a los trabajadores y otras personas concernidas... información y capacitación acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados, y sobre las medidas de prevención y protección correspondientes...”<sup>29</sup>.

En esta etapa de evolución de la regulación de las conductas aceptables en el ámbito del mundo del trabajo, el establecimiento de medidas de actuación

se ha convertido en una obligación que pesa sobre el empleador a fin de dar cumplimiento acabado al principio que garantiza “condiciones dignas de labor”<sup>30</sup>, al deber de cuidado y al deber de actuar de buena fe. La resignificación de estos deberes ha tornado insuficiente el cumplimiento del precepto de “no dañar” para pasar a comprender que la no actuación ante la existencia de denuncias de violencias puede implicar una violencia en sí misma y aún más, la potenciación de aquellas ya existentes.

Ejemplificando lo anterior, la justicia argentina<sup>31</sup> confirmó una sentencia que dictó la prohibición de acercamiento de un jefe a una de sus subordinadas, ya que se acreditó que aquel la acosaba y maltrataba. Para arribar a tal conclusión, se consideró que el cumplimiento del deber normativo impuesto a la empleadora no constituía una mera obligación de dar individual, sino un hacer en un contexto determinado como es el ambiente de trabajo<sup>32</sup>. El caso permite visualizar el rango de acción esperable en el cumplimiento de los deberes empresariales frente a situaciones de violencias. Asimismo, ha de considerarse que el nuevo marco obligacional implica el reconocimiento de los efectos de la violencia doméstica en el mundo del trabajo y por tanto el establecimiento de medidas para mitigar su impacto: entre ellas: licencias para las víctimas<sup>33</sup>; modalidades de trabajo flexibles y protección temporal contra el despido<sup>34</sup>.

## V. CONCLUSIÓN

El Derecho del Trabajo procura investirse de una nueva internacionalidad de sus normas e instituciones<sup>35</sup>. La consideración de las violencias a través de nuevos estándares internacionales, -Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas, Convenio 190 y Recomendación 206 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)- ubican esta problemática en el centro de la conversación mundial a fin de garantizar la meta de Trabajo Decente (ODS 8).

Derivado de dicho análisis, hoy puede sostenerse que las violencias como fenómeno, constituyen un riesgo psicosocial en el mundo del trabajo. Las mismas, involucran una potencial violación o abuso de derechos humanos considerados funda-

30 Artículo 14 bis de la Constitución Argentina.

31 “S., E. G. c/ C. S.A. y otro s/juicio sumarisimo”, Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Argentina, 4/09/2019; Cita digital: IUSJU075384E.

32 Se fundó en la aplicación del art. 26 de la ley 26.485, ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, que reglamente lo dispuesto en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Convención Belem do Para).

33 Por ejemplo en Argentina, la Res. No. 24/2019 de la Secretaría de Empleo Público aprobó un Protocolo de Actuación para el reconocimiento de Licencia para Víctimas de Violencia de Género en la administración pública nacional

34 Convenio 190, Art. 12 y Recomendación 206, Párrafo 18.

35 GOLDIN, Adrián, *El Futuro del Derecho del Trabajo. Un nuevo desafío para el derecho y la equidad*. Publicado en «Ensayos sobre El Futuro del Derecho del Trabajo» > (en Homenaje al Colegio Nacional de Buenos Aires) Ed. Zavallia 1997 (juntamente con Mario Ackerman, Daniel Funes de Rioja, Gerdal Von Potobsky, Hugo Carcavallo, Milton Rainolter y Armando Rocha, pg. 83.

25 R., F. c/Cablevisión SA s/ despido: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II, 12/10/2007, Cita Online: AR/JUR/7450/2007

26 OIT, Documento de base para el debate de la Reunión de expertos sobre la violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo, Ediciones OIT, (Ginebra, 2016).

27 Recomendación 206 OIT, Párr. 8.

28 Convenio 190, Artículo 4, párrafo 1.

29 Convenio 190, Artículo 9.



mentales<sup>36</sup>, así como una irrupción de la ciudadanía del trabajador en la empresa. Por lo que su identificación y tratamiento, integran un nuevo campo obligacional en aras a garantizar la salud y seguridad ocupacional.

Su conceptualización como “riesgos psicosociales”, tiene implicancias sobre concepciones clásicas en relación con los deberes de cuidado, principio de indemnidad, seguridad e higiene, y el uso de las facultades del empleador en la modificación del contrato de trabajo. Esto impone la necesidad de reevaluar los institutos tradicionales, adaptando su contenido a la necesidad subyacente: la eliminación de las violencias en el mundo del trabajo.

La inacción deja de ser inocua. La toma de conciencia en relación con el nuevo alcance otorgado al deber de cuidado conlleva un viraje desde el paradigma del “no dañar” a uno nuevo, de carácter proactivo, que involucra la “prevención” y la “adopción de vías de recurso y reparación”<sup>37</sup>.

Aún queda mucho por hacer, la violencia en el mundo del trabajo no se erradica con la violencia del poder privado<sup>38</sup> sino con una organización del trabajo donde garantice el respeto por los Derechos Fundamentales de las personas que trabajan (ciudadanía en la empresa)<sup>39</sup>, sobre todo frente a la configuración de violencias en el trabajo que pueden afectar su salud<sup>40</sup>.

Es la persona puesta en el centro del paradigma de acción, lo que produce la nueva significación del campo obligacional y sus implicancias sobre el contrato de trabajo. Su íntegro resguardo, origina el surgimiento del principio de Tolerancia Cero frente a las Violencias, que se esgrime como fundante y derivado del Principio Protectorio en que se basa nuestra disciplina (el Derecho del Trabajo), e imprime la necesidad de arbitrar medidas pertinentes a fin de garantizar la reivindicación de un derecho fundamental clásico: el Derecho a un Mundo del Trabajo libre de Violencias.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Mario E.; *Ley de Contrato de Trabajo Comentada; Tomo 1º; Segunda Edición; Ed. Rubinzal-Culzoni; (2017).*

BAYLOS, Antonio y PEREZ REY, Joaquín, *El despido o la violencia del poder privado*, Ed. Trotta, Madrid, (2009).

BENITEZ, Oscar Eduardo, *Primeras reflexiones sobre otra perspectiva de la relación de trabajo*, *Revista de Derecho Laboral Actualidad de Rubinzal Culzoni*. Santa Fe, Argentina (2016).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva N° 18 del 17/09/2003.*

DATTOLI, Daiana A., *Laboral. El Ejercicio del Ius Variandi*, (2019).

DÍAZ ALOY, Viviana, “Acerca del mobbing organizacional”; *Colección Temas de Derecho Laboral Errepar (CTDLE)*; (2013).

GOLDIN, Adrián, *Algunos Rasgos Definitivos de un Derecho del Trabajo en Proceso de Cambio, Relaciones Laborales 2*. Madrid (2014)

36 Considerando 6, Convenio 190 OIT.

37 Convenio 190 OIT, Capítulo V

38 BAYLOS, Antonio y PEREZ REY, Joaquín, *El despido o la violencia del poder privado*, Ed. Trotta, 2009, Madrid.

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N° 18 del 17/09/2003.

40 Art. 75 de la LCT.



GOLDIN, Adrián, *El Futuro del Derecho del Trabajo. Un nuevo desafío para el derecho y la equidad*. Publicado en «Ensayos sobre El Futuro del Derecho del Trabajo» >> juntamente con Mario Ackerman, Daniel Funes de Rioja, Geraldo von Potobsky, Hugo Carcavallo, Milton Rainolter y Armando Rocha. Ed. Zavalla (1997).

HIRIÇOYEN, Marie-France: "El acoso moral, el maltrato psicológico en la vida cotidiana" - Ed. Paidós (2010).

HUECK, Alfred y NIPPERDEY, Hans, *Compendio de Derecho del Trabajo*, Ed. Rev. de D. Privado, Madrid (1991).

JAIMES, Enzo D., *Diferencias y Similitudes de abuso del Ius Variandi y Mobbing Laboral*, Editorial La Ley Online, 2017, Cita Online: AP/DOC/339/(2017).

MAZA, Miguel Ángel, *El "mobbing", la violencia laboral y las condiciones dignas de trabajo*, RDL Rubinzal Culzoni, Año 2009 N° 1.

PALOMEQUE LÓPEZ junto a ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, (2003).

SUPIOT, Alain. *Crítica del derecho del trabajo*. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, (1996).

SUPIOT, Alain. *¿Por qué un derecho del trabajo?*, Documentación Laboral, Nro. 39, 1993-1; *Introducción a las reflexiones sobre el trabajo*, Revista Internacional del Trabajo, Vol. 115, (1996).

VALDÉS DAL-RE, F.: "Violencia Laboral y Derechos Fundamentales", en [https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document\\_library/get\\_file?uuid=493d7b05-26aa-455e-803b-61fb6264fa5e&groupId=10128](https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=493d7b05-26aa-455e-803b-61fb6264fa5e&groupId=10128). (2012)

VALDES DAL-RE, F.: "Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia. Relaciones Laborales, no 22, (2003).





Ricardo Agustín Giletta

# EL FONDO DE RESERVA DE LA LEY 24.557

Cuestiones conflictivas  
en orden a su cobertura  
en los procesos  
judiciales





## I. INTRODUCCIÓN

El Fondo de Reserva es uno de los institutos novedosos que trajo al mundo del trabajo y del seguro, la ley 24.557. Y aunque lleva ya transitado muchos años desde su vigencia, al igual que con buena parte de las normas del sistema, existen múltiples conflictos interpretativos de las reglas que lo pusieron en vigencia y particularmente de sus reglamentaciones, con no menores cuestiones constitucionales involucradas.

Las antecesoras del actual sistema, leyes 9688 (art. 10) y 24.028 (art. 14), ya habían articulado un medio de cobertura de aquellos daños indemnizables que no fueren cubiertos por el empleador, en caso de insolvencia patrimonial declarada judicialmente. Recordemos que, en ese entonces, éste era el directo responsable por los daños derivados de siniestros laborales, sin perjuicio de que pudiere contar con seguros específicos, que de todas maneras no lo eximían de su calidad de deudor primario. El 'Fondo de Garantía' fue establecido así para afrontar esos créditos impagos a cargo del empleador, instituto que fue reiterado en términos muy semejantes en los arts. 29 y 33 de la ley 24.557, ahora administrado por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

Pero la ley 24.557 vino a modificar estructuralmente el sistema de obligaciones frente a las "contingencias" reguladas (enfermedades profesionales y accidentes del trabajo), al imponer como obligada directa y excluyente a la aseguradora de riesgos del trabajo (ART), con excepción de los empleadores autoasegurados y sin contrato. Más allá de los aspectos constitucionales de esta suerte de eximición legal de responsabilidad a quien se atribuye subjetiva u objetivamente la causa del daño (salvedad hecha de los accidentes in itinere), lo real es que la LRT, posicionó como deudora de las prestaciones dinerarias y en especie, en forma exclusiva, a la aseguradora con contrato vigente a la fecha de la primera manifestación invalidante.

Aquel fondo de garantía, que sobrevive en el régimen actual, no fue afectado al pago de las prestaciones incumplidas por las nuevas deudoras del sistema, sino que para estos supuestos se conformó un patrimonio específico. El artículo 34 dispuso la creación del Fondo de Reserva de la Ley de Riesgos del Trabajo, "con cuyos recursos se abonarán o contratarán las prestaciones a cargo de la ART que éstas dejarán de abonar como consecuencia de su liquidación", encargando su administración a la Superintendencia de Seguros de la Nación<sup>1</sup>. La redacción del precepto, pese a lo sencillo de la cuestión, es confusa, ya que alude a prestaciones incumplidas "como consecuencia de la liquidación", cuando en realidad es a la inversa: los incumplimientos y la debacle patrimonial de la aseguradora, son las que desembocan en su liquidación. De-

bió entonces aludirse entonces, simplemente, a las prestaciones incumplidas por las aseguradoras que fuere liquidadas, sin relacionar causalmente el incumplimiento a la liquidación. Salvo que se hubiere querido restringir la cobertura, exclusivamente, a los daños indemnizables a posteriori de la etapa liquidatoria (caso, por ejemplo, de agravamientos, persistencia de ILT, continuidad de prestaciones en especie, o lesiones cuya PMI se opere tras la liquidación), lo que claramente no es el caso, ya que se dejaría así sin cobertura de ningún fondo a los trabajadores dañados con créditos pendientes de pago previos a la liquidación.

La única lectura posible es, entonces, que la SSN debe cubrir a través del fondo de reserva, las prestaciones que no hubiere cumplido o que debiere cumplir a futuro, una aseguradora liquidada. No incluye aquellas obligaciones con sustento en un régimen de responsabilidad diverso a la ley 24.557, esto es, las que tienen fundamento en el derecho común en cualquiera de sus variantes<sup>2</sup>, como ahora lo sostiene el art. 22 segundo párrafo del Dec. 334/96. Pero en el caso concreto habría que analizar si no podría entenderse que exista obligación de cobertura aún en estos supuestos, con el límite que para la incapacidad y fórmulas de cálculo de la reparación prevé la LRT, si la aseguradora liquidada fue parte del proceso. En nuestros tribunales, el criterio mayoritario en los casos en que se demanda con fundamento en el Derecho Civil y se cita a la ART como tercera obligada, es condenarla hasta el límite de cobertura, esto es, hasta el monto de la indemnización que fija la ley 24.557, imponiéndose al empleador el pago de la diferencia hasta cubrir la reparación integral<sup>3</sup>, con lo que la cobertura del FR aparecería justificada en estos supuestos específicos.

El Fondo está solventado con "un aporte a cargo de las ART cuyo monto será anualmente fijado por el Poder Ejecutivo Nacional" (art. 34 parr. 2 LRT). Pero, además, el art. 26 inc. 6° de la ley, establece que "Los bienes destinados a respaldar las reservas de la ART no podrán ser afectados a obligaciones distintas a las derivadas de esta ley, ni aun en caso de liquidación de la entidad. En este último caso, los bienes serán transferidos al Fondo de Reserva de la LRT", de manera que esos activos pasan también a integrarse al fondo en cuestión, una vez ordenada la liquidación.

Así, el sistema regula dos fondos diversos: el fondo de garantía, administrado por la SRT, destinado a cubrir las prestaciones no cumplidas por empleadores autoasegurados o sin seguro en estado de insolvencia patrimonial; y el fondo de reserva, que administra la SSN, para afrontar las prestaciones impagas de las ART en liquidación. La distinción, si bien es básica, es de imprescindible formula-

2 CSJN, 767/2013 Sent. 25/10/2016, "Gómez, Alicia Gabriela el Jumbo Retail Argentina S.A. y otro s/ accidente - acción civil": Si la cámara perdió de vista el carácter en el que la aseguradora accionada actuó en autos pues compareció en el carácter de gerenciadora del Fondo de Reserva de la LRT, fondo que ha sido creado para satisfacer exclusivamente las prestaciones a cargo de las ART que éstas dejarán de abonar como consecuencia de su liquidación (cfr. Art. 34, inc. 1°, de la ley citada), de acuerdo con la normativa legal aplicable, únicamente recaía sobre ella la obligación de abonar dichas prestaciones y en modo alguno cabía imputarle una responsabilidad civil por omisiones en materia de contralor de la seguridad laboral que, en todo caso, solo podrían haberse atribuido a la aseguradora de riesgos del trabajo que, en su oportunidad, había contratado la empresa empleadora.

3 Ver TSJ en "Arias Labour Edgardo Daniel c/ Paz Celestino Luis y otros - Ley 24.557", Sent. 236/07, reseñada por Lascano - Calvimonte en "Derecho del Trabajo - interpretación judicial - Jurisprudencia de la Sala Laboral TSJ 2005 - 2018".

1 En concordancia, el Decreto 1251/97, reglamentario de la ley de seguros 20.091, regula las atribuciones de la SSN en el ámbito específico de la Ley 24.557. En su art. 4.3), en relación al fondo de reserva, dispone en su inciso 6): "Fondo de reserva de la Ley de riesgos del trabajo: administración del fondo de reserva formado con los recursos previstos en la Ley N° 24.557 y con un aporte a cargo de las aseguradoras de riesgos del trabajo, cuyo monto lo fijará anualmente el Poder Ejecutivo Nacional."



ción, habiendo motivado la aplicación incorrecta de las reglas de uno a otro, la intervención de la Corte para dirimir el asunto (ver sentencia del 11/10/2018 en “Villanueva, Silvia Marcela y otros c/ La Gruta S.R.L. s/ accidente - ley especial”).

## II. LA OPERATIVIDAD DEL FONDO DE RESERVA Y EL SUJETO RESPONSABLE FRENTE AL TRABAJADOR EN LOS PROCESOS JUDICIALES

Como señala Salomón<sup>4</sup>, el fondo de reserva no puede ser considerado obligado, en tanto no se trata de un sujeto de derecho sino de un patrimonio afectado a un fin específico. La obligación de cobertura recae sobre la Superintendencia de Seguros de la Nación, entidad del Estado Nacional, con disponibilidad del fondo en cuestión.

Un primer interrogante se nos plantea para definir el momento a partir del cual la SSN debe responder con el fondo de reserva, ya que la liquidación de la ART tiene un inicio administrativo, disponiendo las Superintendencias de Riesgos del Trabajo y de Seguros, la revocación de la autorización para funcionar y la apertura del proceso liquidatorio (decisiones recurribles ante la Cámara Nacional en lo Comercial), que luego debe sustanciarse judicialmente una vez firme la decisión administrativa.

La Resolución 28.117/2001 de la SSN precisó en su artículo 1° que la cobertura opera a partir de la liquidación judicial. Aunque esta regulación es la que resulta coherente con la sustancia de las leyes 24.557 y 20.091, se plantearon situaciones

de gravedad y profunda inequidad en el particular caso de la liquidación de ART Liderar SA, ya que las decisiones de la SSN y SRT que dispusieron la liquidación forzada se dictaron en el año 2016, y el itinerario recursivo culminó en el año 2019, abriéndose la liquidación judicial en octubre de ese año. De manera que, durante tres años, los trabajadores y trabajadoras damnificados no encontraron respuestas suficientes ante una aseguradora con patrimonio totalmente menguado y pérdida total de cartera por sus perspectivas a futuro; no contando tampoco en ese lapso con la cobertura del Fondo de Reserva, más allá de que luego pudieran perseguir sus créditos por la vía judicial.

Abierto judicialmente el proceso liquidatorio, las prestaciones no son brindadas directamente por la propia SSN, sino a través de una ART contratada como gerenciadora. Ello no resulta ilógico, si se tiene en cuenta que la Superintendencia, como órgano de contralor y administración, no cuenta con estructura propia para satisfacer el amplio abanico de prestaciones (particularmente las prestaciones en especie) y sus derivaciones administrativas y judiciales. Así se lo detalla en los fundamentos de la mencionada Resolución 28.117/01, donde se señaló que ante el primer proceso liquidatorio, se dictó un reglamento transitorio (Resol. SSN 27.616.), tras lo cual quedó evidenciado que *“la estructura de esta Superintendencia como ente administrativo de control no se condice con las necesidades y/o urgencias de los casos que deben ser atendidos por el citado Fondo”* y que, tras ser analizado en profundidad el asunto *“se concluyó la conveniencia de firmar un contrato de administración con una Aseguradora de Riesgos del Trabajo a los efectos de que brinde todas las prestaciones que la Ley de Riesgos del Trabajo pone a cargo del Fondo de Reserva LRT”*.

Esta contratación, por concurso público, abrió como vía de debate la posición que la gerenciadora asumiría frente a los trabajadores y trabajadoras víctimas de contingencias, ya que el art. 4 del Anexo I de la Resolución 28.117/01 SSN dispuso que *“La ART Contratada deberá brindar las prestaciones conforme las pautas establecidas en la normativa de Riesgos del Trabajo vigente, quedando sometida a la supervisión de los dos entes de contralor del Sistema de Riesgos del Trabajo: Superintendencia de Seguros de la Nación y Super-*

<sup>4</sup> Cámara del Trabajo de Villa María, Voto Salomón, Sent. N° 631, 9/10/2017. “Moriconi Diego Héctor c/ ART Interacción ART S.A - Ordinario - Incapacidad - Expte. 1209900”.



intendencia de Riesgos del Trabajo, en orden a sus respectivas facultades”; y luego, en el art. 11 estableció, como obligaciones de la ART contratada, tramitar y pagar con cargo al fondo de Reserva LRT los montos por gerenciamiento de las prestaciones en especie las que deberán ser *“facturadas por la ART contratada, mediante presentaciones mensuales con cierre al último día del mes”*.

En una primea contratación de gerenciadora, el pliego preveía el pago de las prestaciones por ésta, previa autorización de la SSN, con reembolso ulterior de lo liquidado. Así, los pronunciamientos judiciales consideraron mayoritariamente que Prevención ART S.A., en su rol de gerenciamiento, debía ser condenada, sin perjuicio del derecho al reintegro correspondiente, criterio adoptado por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia a partir de las liquidaciones de Luz ART (autoliquidación en el 2006) y Responsabilidad Patronal (liquidación forzosa en el 2007)<sup>5</sup>, que mantuvo en pronunciamientos posteriores, ya en el marco de la liquidación de ART Interacción SA<sup>6</sup>.

Pero en realidad, los términos de la contratación de la gerenciadora se modificaron en las posteriores adjudicaciones de gerenciamiento. Mediante Resolución N°39910/2016 del 1 de julio de 2016, la SSN dispuso nuevamente la contratación de Prevención ART para este fin, que renovó luego mediante Resolución 311/2019, con condiciones que subsisten a la fecha. El cambio de las pautas del contrato, no tuvo correlato sin embargo en todas las decisiones judiciales. El Pliego de Bases y Condiciones Particulares, sustento de la contratación, dispone respecto de las prestaciones dinerarias del sistema que la gerenciadora *“en el caso de corresponder la atención de prestaciones dinerarias de pago mensual por incapacidad laboral temporaria, e incapacidad permanente parcial / total provisorio y gran invalidez, previa conformidad de esta Superintendencia, efectuará el pago de las mismas con cargo del referido fondo. Cuando se deban abonar indemnizaciones en concepto de incapacidad laboral permanente parcial definitiva de pago único, muerte o incapacidad laboral total definitiva, la ART contratada remitirá el cálculo correspondiente a esta SSS - Gerencia Administrativa - Sector Fondo de Reserva, para su consideración y posterior trámite del anticipo de fondos a través de la Tesorería de este organismo a favor de la ART contratada, para proceder al pago de las mismas. La ART contratada deberá acreditar el pago de las prestaciones dinerarias a su cargo mediante la prestación de las constancias y recibos originales correspondientes, a fin de solicitar el reintegro al fondo de reserva”*. - Se advierte que en el pliego en cuestión, que fija las

condiciones contractuales, se diferencia el tratamiento del pago de las prestaciones dinerarias de pago MENSUAL por incapacidad laboral transitoria, provisorio y gran invalidez, que deben ser afrontados directamente por la ART contratada con cargo del referido fondo y sujetas a reembolso, y de las prestaciones de PAGO UNICO, que previo el trámite allí previsto, son anticipadas por la SSN a la ART para que proceda a su cancelación. La última parte del capítulo, que se refiere a la forma de rendición del pago para obtener el reintegro, debe ser entendida, en mi opinión, como referida a aquellos casos sujetos a reintegro y no a los de pago por anticipación, o sea solamente a las prestaciones dinerarias de pago mensual anteriormente mencionadas.

Ello supone que en los casos que involucren una indemnización de pago único por ILP (ahora todas son de pago único), la SSN debe proveer a su gerenciadora los fondos necesarios para que proceda al pago, no siendo exigible de esta manera a la aseguradora contratada, que abone para luego repetir, por no estar prevista esta mecánica para las indemnizaciones por incapacidad permanente.

Modestamente, no comparto la opinión de jerarquizada doctrina judicial que sostiene que los términos del contrato resultan inoponibles al acreedor. La gerenciadora se incorpora al vínculo obligatorio a través del contrato administrativo y en sus exclusivos términos<sup>7</sup>. En ese sentido, en el Anexo de la Resolución 396/2020 de la SSN, se dispuso en sus arts. 1.2) y 1.3) que la gerenciadora no es deudora, ni se encuentra obligada a realizar anticipo alguno por las obligaciones a cargo del Fondo de Reserva, ya que su actuación *“se encuadra en la asistencia de siniestros y contingencias y de ningún modo el pliego licitatorio alude a las indemnizaciones derivadas de ello, las que se encuentra a cargo exclusivo y excluyente del Fondo de Reserva”*, y que *“La Gerenciadora no reviste carácter de continuadora de la ART en liquidación ni asume obligación alguna a cargo de aquella. La Gerenciadora no podrá ser considerada parte en los procesos judiciales en los cuales existan reclamos contra una ART en liquidación y por ende no puede ser objeto de condena ni medida cautelar alguna, preventiva o ejecutiva.”* La norma puede entenderse como complementaria o aclaratoria de la contratación vigente.

La cuestión de que la gerenciadora *“no puede ser considerada parte en los procesos judiciales”* debe ser interpretada en el sentido de que no es parte por derecho propio, sino en representación de la SSN; pero claramente debe tomar intervención en las causas en ese carácter.

En definitiva, según mi punto de vista, la obligada al pago de las prestaciones es la Superintendencia de Seguros de la Nación, con afectación del Fondo

5 Ver “Álvarez Claudio Daniel c/ Responsabilidad Patronal ART SA”, Sent. 16/2015 y “Ceballos Juan Marcelo c/ Responsabilidad Patronal ART SA”, Sent. 141/2015, donde dispuso que ... “el capital, los intereses indicados y las costas deberán ser abonados por Prevención A.R.T. S.A”, como mandataria de la Superintendencia de Seguros de la Nación que es administradora del fondo de reserva del art. 34 inc. 1º LRT, sin perjuicio de las acciones que entre ellos pudieran existir”. En igual sentido, Corte Suprema de Mendoza en “Arce Diego c/ Obras Sanitarias Mendoza y Luz ART SA - enfermedad accidente”.

6 Aunque en su mayoría, el recurso deducido por la gerenciadora fue rechazado por considerarse que no existía agravio, en tanto podía repetirse de la SSN, no modificándose así sustancialmente su rol. Así: “más allá de los términos empleados por la a quo y de la forma de efectivizar los beneficios, respecto de los cuales no hay discusión que recaen en el FDR - sea con bienes propios y luego acción de reembolso o directamente con recursos del FDR-, no se advierte que la obligación que se le impuso sea en una calidad distinta a la que la interesada invocó al pedir participación y a mérito de la cual se le acordó” (Sent. N.º 6, 11/02/2020, “Pattacini Carlos Augusto c/ Aseguradora de Riesgos de Trabajo Interacción S.A. y otro - ordinario - accidente - ley de riesgos”).

7 Así me he pronunciado en reiteradas sentencias. Con opinión coincidente, se expidió Marcelo Salomón a partir de la ya citada causa “Moriconi”: “Independientemente de los esquemas administrativos y de gestión que la citada SSN puede instrumentar para realizar pagos o controlar cumplimiento de éstos, es preciso decir que en el proceso judicial la ART compareciente no puede ser condenada a los pagos de la sentencia en ninguna de las hipótesis posibles (ni directa ni solidariamente) pues no ha sido demandada, no es continuadora de la ART del actor y tampoco la referida concesión administrativa de gerenciadora le reviste de tal “status jurídico” respecto a las prestaciones dinerarias de pago único (cfr. Pliego de Bases y Condiciones emitido por la SSN). En cambio, por la participación invocada y concedida en el proceso, sí le incumbe a la ART realizar todas las gestiones administrativas propias de tal gerenciamiento, para efectivamente lograr la cancelación de los créditos que son admitidos”.



de Reserva, sin perjuicio de la obligación de gestión que pesa sobre la gerenciadora<sup>8</sup>, que puede ser monitoreada por el tribunal que hubiere dictado la condena, y aplicar en caso de incumplimiento sanciones pecuniarias.

Pero se impone señalar que esta opinión dista de ser uniforme. En las Salas unipersonales de la Cámara del Trabajo de Córdoba y en sus pares del interior provincial, los criterios son disímiles y relevante jurisprudencia nacional se ha pronunciado favorablemente a la condena de la gerenciadora<sup>9</sup>, aunque sin considerar la relativamente reciente resolución de la SRT 396/2020 sobre la materia.

### III. EL ALCANCE DE LAS PRESTACIONES FRENTE AL TRABAJADOR O TRABAJADORA. LOS INTERESES

El art. 34 de la ley 24.557 establece que a través del fondo de reserva se abonarán, como se dijo, las prestaciones incumplidas por la ART liquidada. No efectúa la norma ningún tipo de distinciones en torno a capital o intereses. No obstante, estos últimos han sido protagonistas, junto a la imposición de costas, de las principales polémicas judiciales en la materia.

8. Anexo Resol. 396/2020 SRT – Art 12. “La ART Gerenciadora solicitará la autorización de pago de las prestaciones dinerarias de pago único con cargo al Fondo de Reserva LRT, conforme la reglamentación vigente con los fondos que serán remitidos desde el Organismo que a su cargo tiene la administración del mencionado Fondo. Esta solicitud se verificará mediante presentaciones, cuya periodicidad será acorde a la cuantía de prestaciones a liquidar que hubiese, detalladas por trabajador damnificado y datos respectivos. Art. 12.1 La ART Gerenciadora elevará, cada cinco días hábiles, una nómina de los procesos judiciales y extrajudiciales, que se encuentren en condiciones de ser cancelados y solicitará al Administrador del Fondo de Reserva la cancelación de los mismos. Los pagos cancelatorios deberán efectuarse mediante transferencia bancaria que deben ser debitadas directamente desde la cuenta bancaria del Fondo de Reserva y acreditadas en la cuenta judicial, abierta a nombre de los autos y a la orden del Tribunal actuante, conforme lo establece el artículo 277 la Ley 20.744. La Gerencia de Administración remitirá la nómina de las transferencias bancarias efectuadas a la Gerenciadora, a fin de que esta acredite el pago en los procesos judiciales o extrajudiciales correspondientes.

9. Ver TSJ de Río Negro, Sent del 28/11/2019 en “Palma Paola R. c/ ART Interacción S.A.”; Suprema Corte de Mendoza en “Medero Raúl Oscar c/ Interacción ART S.A. “accidente expte 152166”; Tribunal Superior de Justicia de Corrientes, Sent. 27/8/2020 en “González José Luis c/ Interacción ART S.A. - indem. por acc. trab”, entre otros.

La Resolución SRT 414/1999 había establecido en su artículo 1° que el pago fuera de término de las prestaciones dinerarias a cargo de las ART, deven-garían la tasa de interés activa que cobra el BNA para operaciones de descuento de documentos, hasta la puesta a disposición del damnificado de la suma correspondiente. Norma que, vale señalar, no fue tenida en cuenta por los tribunales de esta Provincia en forma mayoritaria, que continuaron aplicando la tasa fijada por el Tribunal Superior de Justicia a partir del precedente “Hernández c/ Matricería Austral”, es decir, el 2% mensual más tasa pasiva promedio que publica el BCRA.

Pero en el año 2004 se dictó la Resolución conjunta SSN 29773/04- SRT 233/04 imponiendo una pauta distinta. Justificada, según sus Considerando, en la búsqueda de una decisión que contemple en forma equitativa los intereses de accidentados y del Fondo de Reserva, atento tratarse de un “mecanismo garantista del sistema en resguardo de los trabajadores en general”, dispuso en su artículo 1° que el importe de las prestaciones dinerarias a cubrir “será actualizado mediante la aplicación de los coeficientes de las tasas pasivas derivados de la Comunicación “A” 14.290 del Banco Central de la República Argentina, calculado desde que cada suma fue exigible al aludido Fondo hasta haber sido debidamente notificada la puesta a disposición de tal suma al beneficiario o abonada la prestación”. Esta Comunicación de la entidad financiera es la que dispuso la publicidad de la tasa pasiva capitalizable diariamente, equivalente a la tasa de interés efectiva mensual promedio ponderada de los depósitos en caja de ahorro común y a plazo fijo. Es decir, la tasa pasiva que utilizamos habitualmente en nuestro fuero, aunque en este caso sin el 2% adicionado a partir de “Hernández c/Matricería Austral” del TSJ.

Según esta regulación, habría entonces una tasa de interés diferenciada y a la baja, de la aplicada en la generalidad de los casos, sin que ello pueda ser visto, en mi opinión, como compatible con el art. 34 LRT, que ninguna restricción estableció para la cobertura del Fondo de Reserva. Implicaba, además, una clara regresión en orden a la regla vigente hasta entonces, que por Resol. 414/99 SRT imponía, como dije, el pago de la tasa activa, sin distingos.

Lo dispuesto por la Resolución conjunta de las Superintendencias fue avalado por el Tribunal Superior de Justicia en reiteradas oportunidades<sup>10</sup>, aunque

10. Sents. Nros. 2, 36, 37 y 83/15, entre otras.



con algunos cambios en sus precisiones, sin ingresar -al menos hasta que escribo estas líneas- en el análisis constitucional del precepto. Lo que no es menor si, como entiendo, estamos frente a una norma apartada de las reglas de máxima jerarquía en nuestro ordenamiento. Vale señalar que el tribunal máximo local reconoció que en estos casos *"la indemnización a la que accede el trabajador es por daño a la salud, la que ya se encuentra mermada por la misma circunstancia, con intereses a la baja, comparándolos con los ordinarios de esta Sala Laboral -Resoluciones conjuntas 233/04 y 29.773/04"*<sup>11</sup>. El fundamento para ese aval ha sido la necesidad de dar sustento a un fondo que debe brindar respuestas a la generalidad de trabajadores que han visto frustrados sus créditos por la liquidación de la ART, sin que sea admisible en ese contexto asumir arres-tos de defensas individuales en casos concretos.

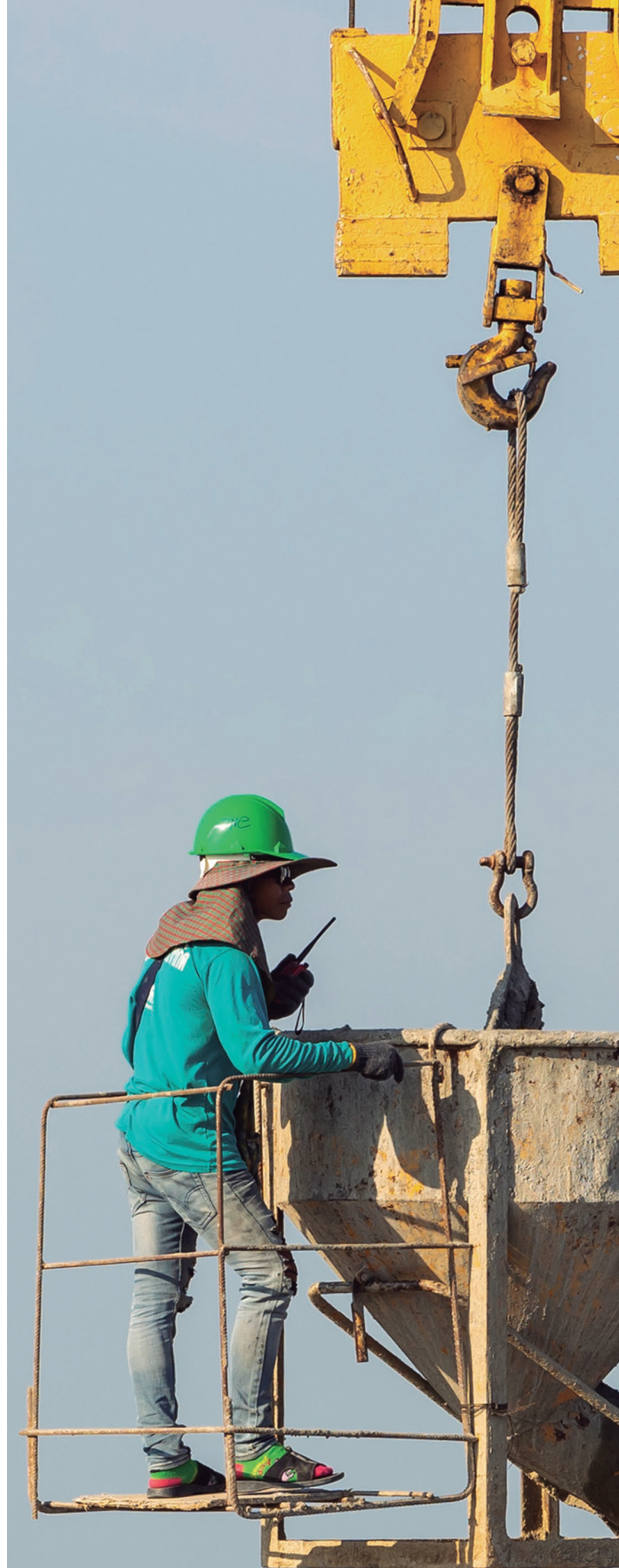
Estas decisiones del Tribunal Superior motivaron el dictado de sentencias por los tribunales inferiores con mayoritario seguimiento de sus pautas, aunque con dispares criterios en torno a la aplicación concreta. Es que no estaba claro si se aplicaban esos intereses por todo el lapso en mora; si se devengaban solamente desde que el monto era exigible a la SSN, sin intereses anteriores; o si por lapso anterior se aplicaban los intereses ordinarios y luego la tasa reducida de la Resolución conjunta. Tampoco estaba claro cuál era concretamente el momento en que la suma es 'exigible al fondo' (siempre refiriéndonos a procesos judiciales), ya que el criterio del Tribunal fue su cómputo a partir de la demanda, que en realidad es un hecho totalmente diverso a la asunción de obligaciones por parte de la SSN, que deben ser afrontadas a partir de la liquidación de la ART o des-de la contingencia, si fuere posterior.

En casos más recientes<sup>12</sup>, ha decidido también, confirmando sentencias recurridas, que los intereses no suspenden su curso con motivo de la liquidación, planteo defensivo habitual de la gerenciadora con sustento en el art. 129 de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522, aplicable por remisión al ámbito liquidatorio de la ley 20.091. Aunque el rechazo del planteo no fue argumentado en profundidad, lo real es que la deudora de la reparación no es la masa falencial (uso el concepto analógicamente) de la ART liquidada, sino que ha pasado a ser la SSN a través del Fondo de Reserva, no siendo subsidiaria de la primera sino obligada directa. No se trata, en mi opinión<sup>13</sup>, de un crédito que deba ni pueda verificarse en la liquidación, sino de una deuda ahora a afrontarse con el Fondo de Reserva, independientemente del activo patrimonial de la liquidación de la aseguradora, que será afectado en su caso al pago de los demás acreedores extra sistémicos. Es que los activos de reserva de la aseguradora, destinados a prever los siniestros, han sido transferidos al Fondo (art. 26 inc. 6 LRT). Y, además, el art. 129 de la ley 24.522 en su texto actual, excepciona de la suspensión de manera expresa los intereses compensatorios de los créditos laborales. Pero lo resuelto por el Tribunal Superior de Córdoba en este punto, tiene -para lo que veni-

<sup>11</sup> Sent. 66/2021 en "Fusari Hugo Norberto c/ ART Interacción SA. - expte. 3275331".

<sup>12</sup> Maniscalco Pedro Mateo c/ ART Interacción SA - ordinario - enfermedad accidente (ley de riesgos) - expte. 3220399" (Auto 701 del 27/11/2020); y el ya citado "Fussari".

<sup>13</sup> Sin perjuicio de lo que mencionaré más adelante en relación a los intereses.



mos hablando-, otra connotación: que el rechazo del 'punto de corte' de los intereses en la fecha de apertura de la liquidación, implica que obviamente los intereses hasta esa fecha son admitidos; que no son los de la resolución de la SSN-SRT (que fija los devengados a partir de la exigibilidad al Fondo), y que serán entonces los ordinarios que fijan los tribunales.

Sin perjuicio de que la doctrina judicial de aplicar los intereses de la resolución conjunta de la SSN-SRT está afianzada mayoritariamente en la jurisprudencia de Córdoba, debo decir que modestamente no la comparto. Varios motivos justifican en mi opinión la inaplicabilidad de la regla, cuyos aspectos constitucionales no han sido aun objeto de tratamiento en sede casatoria ni extraordinaria.

Veamos.

#### **a) Las Superintendencias no pueden regular tasas de interés.**

Los intereses son constitutivos de los créditos dinerarios e integran la "prestación" a cargo de la ART, en tanto son debidos imperio legis<sup>14</sup>. Y en períodos inflacionarios, su participación dentro de la composición del crédito es central, ya que su finalidad ha dejado de ser la clásica compensación de rentabilidad dineraria frustrada, para convertirse en un factor esencial de preservación del valor real de la obligación frente a la prohibición indexatoria de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928.

Y ni la SSN ni la SRT cuentan con facultades para reglamentar este componente del crédito de las trabajadoras y trabajadores comprendidos dentro de su cobertura. En efecto, el art. 37 inciso 1 de la LRT establece las atribuciones de la SRT, en cuyo enunciado no figura la determinación de tasas de interés de las deudas; ni de las ART ni del Fondo de Reserva<sup>15</sup>. A su vez, el art. 64 de la Ley 20.091 establece que "El control de todos los entes aseguradores se ejerce por la Superintendencia de Seguros de la Nación con las funciones establecidas por esta ley"; luego el art. 67 enuncia las atribuciones de la SSN, en las que ninguna incumbencia se le asigna en esta materia. Y el Decreto 1251/97, reglamentario de la ley 20.091, establece las facultades de la SSN en el ámbito específico de la Ley 24.557 en su art. 4.3), que en relación al fondo de reserva dispone en su inciso 6): "Fondo de reserva de la Ley de riesgos del trabajo: administración del fondo de reserva formado con los recursos previstos en la Ley N° 24.557 y con un aporte a cargo de las aseguradoras de riesgos del trabajo, cuyo monto lo fijará anualmente el Poder Ejecutivo Nacional."

De estas normas y de los arts. 33 y 34 de la LRT, surge claramente que se trata de organismos de supervisión y control, y -además- de administración de dos fondos específicos: el Fondo de Garantía, a cargo de la SRT; y el Fondo de Reserva a cargo de la SSN; pero que ninguna competencia tienen para dictar resoluciones de naturaleza eminentemente sustantivas, como las de determinación de las tasas de interés que generan las prestaciones impagas.

La facultad de 'administración del fondo de reserva' puesta en cabeza de la SSN (y a la que es ajena la SRT) no supone que el organismo pueda fijar los intereses que se van a reconocer a sus acreedores. Ello excede ampliamente la facultad de administrar el Fondo, y supone -por el contrario- administrar (y disponer) del patrimonio del acreedor.

Lo dicho pone en evidencia que en la resolución conjunta aparecen vulneradas las disposiciones de los arts. 99 inc. 3° y 75 inc. 12° de nuestra Carta fundamental, en tanto el Poder Ejecutivo ha asumido (a través de organismos de jerarquía inferior y sin facultades para ello), funciones legislativas, siendo la pretendida reglamentación alteradora de la amplitud de cobertura prevista en el art. 34 LRT.

#### **b) Tasa regresiva.**

Suponiendo que las Superintendencias tuvieran facultades para ello, la nueva tasa de interés ha operado en forma regresiva en relación a la Resolución SRT 414/94, que mandaba a pagar la tasa activa, y que en caso de incumplimiento de la ART liquidada, se trasladaba al Fondo de Reserva en función del art. 34 LRT. Ello entra en contradicción con el principio de 'no regresividad', que en el caso específico de la ley 24.557 tiene una previsión concreta en el art. 11 inciso 3: el Poder Ejecutivo se encuentra facultado a mejorar las prestaciones dinerarias, no a disminuirlas.

Que los intereses de las obligaciones indemnizatorias son integrativos de éstas y por lo tanto son a cargo del Fondo de Reserva no se discute, al punto que así se lo regula específicamente. Y si se trata de un componente de la prestación, no podía ser objeto de disminución por el Poder Ejecutivo, lo que no obstante así ha decidido a través de la Resolución cuestionada.

#### **c) Contradicción con las tasas previstas en la ley 27.348 y actual art. 12 LRT (DNU 669/2019).**

La ley 27.348, publicada en el B.O.R.A. el 24 de febrero de 2017, sustituyó el art. 12 LRT, disponiendo en el nuevo inciso 3° que "A partir de la mora en el pago de la indemnización será de aplicación lo establecido por el artículo 770 del Código Civil y Comercial acumulándose los intereses al capital, y el producido devengará un interés equivalente al promedio de la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta (30) días del Banco de la Nación Argentina, hasta la efectiva cancelación". El art. 20 dispuso que esta nueva regla sería de aplicación a aquellas contingencias cuya primera manifestación invalidante sea posterior a su vigencia.

Así, para todos aquellos casos comprendidos en la ley 27.348 existe una tasa legal de aplicación obligatoria. De manera que aún cuando pudiere considerarse válida la Resolución conjunta de las Superintendencias, no podría primar nunca sobre una regla emanada del Congreso de la Nación, que no distingue entre deudas de las ART y del FR. Las prestaciones que la ART liquidada dejó de cumplir, devengan -bajo esta norma- el interés legal y engarzan así en su integridad dentro del art. 34 LRT.

<sup>14</sup> art. 768 CCC: "a partir de la mora, el deudor debe los intereses correspondientes".

<sup>15</sup> Lo que pone en pie de discusión igualmente entonces, la Resol. 414/1999 SRT, en mi opinión igualmente inválida.



El 8 de octubre de 2019, mediante DNU 669/2019, se modificó nuevamente el art. 12 de la ley 24.557, introduciéndose una reformulación del mecanismo de cálculo del ingreso base mensual, disponiendo en cuanto a los intereses en el nuevo inciso 3° que *“En caso de que las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo no pongan a disposición el pago de la indemnización dentro del plazo debido, se aplicará un interés equivalente al promedio de la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta (30) días del Banto de la Nación Argentina, hasta la efectiva cancelación, acumulándose los intereses al capital en forma semestral, según lo establecido en el artículo 770 del Código Civil y Comercial de la Nación.”* (la tasa es la misma que la ley 27.348). A su vez, el artículo 3° del DNU citado establece que *“Las modificaciones dispuestas en la presente norma se aplicarán en TODOS los casos, independientemente de la fecha de la primera manifestación invalidante”* (el “todos” en mayúscula me corresponde).

La norma ha sido objeto de interpretaciones diversas respecto de los casos a los que aplica, particularmente frente al conflicto que plantea en relación al ajuste del cálculo indemnizatorio previsto en la ley 27.348, sobre lo que no avanzaremos, ya que lo que importa para este punto es la materia de los intereses moratorios, sobre los que se mantuvo la misma tasa pero (con una mayor amplitud en su aplicación, según veremos).

En los Considerandos del DNU se alude a un desfasaje patrimonial de las ART, atento que su capital de reserva obtiene rendimientos financieros a la tasa pasiva, mientras debe pagar obligaciones incrementadas en origen (por ajuste salarial en el cálculo del IBM) con la tasa activa, mecanismo introducido por la ley 27.348. Con ello se podría pensar que lo que se ha querido modificar se circunscribe a los casos comprendidos en dicha normativa. Pero, sin embargo, el DNU no plantea una modificación circunscrita a casos comprendidos en esa ley (que es aplicable a contingencias de PMI posterior a su vigencia), sino que se reformó directamente el art. 12 de la ley 24.557 y se dispuso, de manera expresa y clara, la aplicación en TODOS los casos independientemente de la fecha de la PMI. El criterio es distinto al empleado en las sucesivas modificaciones del sistema (Dec. 1694/09, Ley 26.773, Ley 27.348) que recurrieron a la fecha de la primera manifestación invalidante como punto de corte para la aplicación al caso concreto. Sin embargo, no fue ese el criterio inicial de la ley 24.557, ya que en su art. 49 disposición transitoria 5ª había establecido que *“Las contingencias que sean puestas en conocimiento del empleador, con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley darán derecho únicamente a las prestaciones de la LRT, aun cuando la contingencia fuera anterior, y siempre que no hubiere prescripto el derecho conforme a las normas de esta ley”* (imponiendo incluso las reglas de prescripción del nuevo sistema); y en el mismo artículo, en la disposición final tercera inciso 1° se dispuso que *“La LRT no será de aplicación a las acciones judiciales iniciadas con anterioridad a su vigencia”* (ergo, sí a los juicios posteriores aunque de causa anterior). Es decir que dentro del sistema se ha recurrido a diferentes criterios para definir los casos alcanzados por las nuevas normas, que no ha sido uniforme desde su entrada en vigencia;

y en el caso del DNU 669/2019 se ha dispuesto la aplicación a todos los casos, independientemente de la fecha de primera manifestación invalidante.

Ahora bien, en mi opinión lo que la norma plantea es una aplicación inmediata, y no retroactiva; es decir, dejando a salvo los derechos y obligaciones ya consolidados, sin alterar los módulos y formas de cálculo de la indemnización a la luz de la ley 27.348 o sus antecesoras, aplicándose a partir de su vigencia la tasa de interés incorporada como ‘tasa legal’, incluso para supuestos anteriores a la vigencia de la ley 27.348. Así, el ‘todos los casos’ que contiene la norma debe leerse, en mi opinión, con el alcance literal respecto de los supuestos en que se aplicará; pero sus efectos estarán acotados a las situaciones o consecuencias futuras: para TODOS los casos (prescindiendo de la fecha de la PMI), pero para ALGUNOS efectos (los no consolidados). Señalaba Moiset de Espanés<sup>16</sup> que *“los efectos o consecuencias de una relación jurídica que se producen antes de la entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley que estaba en vigencia en el momento en que se produjeron; pero si después de la entrada en vigencia de la nueva ley esa situación jurídica continúa produciendo consecuencias, las nuevas consecuencias van a estar regidas por la nueva ley en razón del denominado efecto inmediato (...) Cuando se trata de situaciones jurídicas agotadas, tanto su constitución, modificación o extinción, como las consecuencias o efectos, se rigen por la antigua ley en virtud del principio de irretroactividad consagrado por el artículo 7. Cuando la situación jurídica esté en curso de constitución, por aquello de que su constitución es compleja y no es instantánea, la consolidación de esa situación se va a regir por la nueva ley, en razón del efecto inmediato”*. Y menciona el ejemplo de los intereses: *“Por ejemplo un crédito que produce intereses: el crédito es una situación jurídica constituida, el interés una consecuencia; si se sanciona una ley que regula la tasa máxima de interés y pone un límite, todos los intereses anteriores a la nueva ley, ya producidos, se rigen por la antigua ley que no ponía límites, pero a partir de la entrada en vigencia de la nueva ley se empezará a aplicarla a los intereses (consecuencias), que desde ese momento se produzcan”*. Es precisamente en ese sentido que creo debe ser interpretada la reforma: exclusivamente para los intereses posteriores a su vigencia, como ocurrió con la prohibición de actualización monetaria de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 y la derogación del art. 276 LCT, que se aplicó a todas las deudas (incluso condenas firmes), pero únicamente en sus efectos futuros, es decir, preservando la indexación habida hasta ese momento.

Si este criterio es correcto, como modestamente opino, a partir del 7/10/2019, todas las obligaciones del sistema no canceladas, devengan intereses a la tasa activa del BNA, desalojando toda discusión sobre la vigencia de la Resolución conjunta de las Superintendencias, que, aun si fuere válida, cedería frente al criterio legal. La inoperancia de la tasa ‘reducida’ de la resolución conjunta SSN-SRT, aparece ya reconocida en el Dec. 1022/17, vinculado a la carga de las costas en los casos en que actúe el Fondo de Reserva, cuando en sus consi-

<sup>16</sup> Moiset de Espanés Eduardo, “La irretroactividad de la ley y el art. 7 del nuevo Código Civil”, Congreso del Instituto de la Academia Nacional de Derecho en la Región N.O.A., San Miguel de Tucumán, mayo de 2015, con cita de Paul Roubier.



derandos sostiene “que al respecto, y teniendo en cuenta lo previsto en la Constitución Nacional, así como por los Tratados Internacionales antes citados, corresponde establecer que la obligación del Fondo de Reserva de la LRT **comprende la satisfacción de los intereses**, por ser un accesorio de la obligación principal. Que el artículo 11 de la ley 27.348 sustituye el artículo 12 de la Ley N° 24.557 y sus modificaciones, **contempla el devengamiento de intereses con relación al pago de las prestaciones dinerarias previstas**” (el resaltado me corresponde), evidenciando claramente que la tasa legal es aplicable también en los casos en que intervenga el Fondo de Reserva. Aclaro que este decreto es anterior a la reforma del art. 12 de octubre de 2019; pero claramente la consideración es aplicable al caso: tasa legal desplaza tasa de Superintendencia.

La nueva regla es particularmente relevante para los casos en que se ventilen obligaciones de ART Liderar. Es que la sentencia de liquidación judicial data, coincidentemente, del 7 de octubre de 2019, fecha de entrada en vigencia de la reforma introducida por DNU 669/2019, lo que fulminaría lisa y llanamente toda posibilidad de adicionar solamente intereses a la tasa pasiva desde la liquidación, que han quedado desplazados por la ley.

#### **d) Efectos licuatorios de la deuda - Carga del costo inflacionario sobre el damnificado.**

La tasa pasiva regulada por la Resolución conjunta de las Superintendencias impone un marcado deterioro en el valor real de las prestaciones, particularmente cuando se trata de deudas de antigua data. La tasa pasiva puede representar, en algunos breves períodos de altas tasas de interés como el vivido poco tiempo atrás, una preservación de la deuda a valores reales, si la tasa es paralela al crecimiento inflacionario. Pero a tasas altas de inflación, tasas similares de interés no compensan el deterioro del crédito, si no contiene capitalizaciones sucesivas. En efecto, una tasa de interés -por ejemplo- del 3% mensual, representa un rinde anual de 36%; pero una inflación del 3% mensual es acumulativa (es

decir, el 3% de un mes se calcula sobre el mes anterior, ya indexado), y representa, en igual lapso, un crecimiento anual del 46,85%.

Ello explica que en un proceso donde se discutan, como es habitual, deudas añejas, la tasa pasiva (por lo general, subinflacionaria) licúe de manera muy relevante el crédito, con afectación directa a la garantía del art. 17 CN y del derecho a la reparación integral del daño que dimana del art. 19. Como lo señala el voto del Dr. Lorenzetti en la causa ‘Ontiveros’, “los precedentes de este Tribunal establecen que el principio de no dañar a otro tiene rango constitucional, implícitamente reconocido por el art. 19 de la Constitución Nacional (Fallos: 182:5; 308:1118; 315:689; 327:3753 y 328:651, entre otros). Como, así también, que la reparación debe ser plena en el sentido de que, con los recaudos que exige el ordenamiento, alcance el estándar de una tutela efectiva de la víctima frente al daño injustamente sufrido y, particularmente, en lo que atañe al quantum de la reparación, represente una extensión congruente con la entidad del perjuicio acreditado (doctrina de Fallos: 314:729, considerando 4º; 316:1949, considerando 4º; 335:2333, considerando 20, entre otros)” (“Ontiveros”, Stella Maris c. Prevención ART S.A. y otros s/accidente”, Sent. 10/8/2017). Ya en “Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios” (Sent. 27/11/2012) la Corte había dicho que “la adecuada protección del derecho a la vida y a la integridad psicofísica de las personas exige que se confiera al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que éste amerita, así como evitar la fijación de limitaciones en la medida en que impliquen ‘alterar’ los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28). En ese entendimiento, cabe señalar que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral (conf. Fallos: 324:2972 y Fallos: 326:2329); ni tampoco si el resarcimiento -derivado de la aplica-



*ción de un sistema resarcitorio especial o producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces resulta en valores irrisorios o insignificantes”.*

La degradación del crédito se puede verificar con diversos cotejos, incluso con el índice RIPTE, que es de crecimiento infra inflacionario; y con más precisión con el coeficiente CER (publicado en el sitio web del Poder Judicial local), que refleja la evolución del índice de precios al consumidor o ‘costo de vida’. Tomando como base, por ejemplo, la fecha de apertura de la liquidación de ART Interacción SA, 1 de julio de 2016, hasta el 30 de marzo de 2021 la tasa pasiva tuvo un crecimiento del 192%; mientras que el coeficiente CER, asociado a la inflación, fue del 367%. De la comparación, surge a las claras la degradación del crédito en su valor real con la sola tasa pasiva. Con ese ajuste, no sólo no existe ningún ‘interés real’ que compense la rentabilidad perdida por la falta de disponibilidad dineraria, sino que ni siquiera se alcanza a la recomposición a valor actual. Vale la pena recordar que históricamente, y hasta la ley 23.928, tanto en las deudas que pagaba el Fondo de Garantía (el de Reserva no existía) como en las verificadas en quiebras, concursos y liquidaciones, se reconocía la actualización monetaria por inflación, y solamente se restringían o limitaban los intereses. Pero en este nuevo marco, sin indexación, los intereses que fueron generándose para sustituirla, no alcanzarán ese estándar mínimo imprescindible, generándose la paradoja de que quien más debe esperar para ser indemnizado es quién mayor perjuicio sufre por la depreciación monetaria y la insuficiencia de la tasa pasiva.

Si el art. 34 de la ley 24.557 impone el pago de las prestaciones adeudadas por las aseguradoras liquidadas, ese pago debe ser íntegro; de lo contrario, se estaría consolidando una inequidad manifiesta al obligarse al trabajador damnificado a renunciar a una parte sustancial de su crédito, mientras, en paralelo, se mantiene la indemnidad del patrimonio del empleador, a quien se atribuye objetivamente la causalidad del daño (con la salvedad del siniestro en el trayecto).

La Resolución conjunta de las Superintendencias menciona en sus fundamentos una visión -en mi opinión- parcial de la finalidad del Fondo de Reserva, cuando para justificar una tasa diferenciada y muy inferior a la dispuesta por la propia SRT para los demás supuestos, sostiene que ello es “a los efectos de preservar, además de los intereses de los damnificados, el mantenimiento de dicho Fondo, en defensa del universo de trabajadores incorporados al Sistema”. Se omite considerar que el sistema, si bien repara daños a los trabajadores, asegura a los empleadores, a quienes mantiene ajenos a la responsabilidad resarcitoria. En efecto, la LRT introdujo un mecanismo de indemnidad patrimonial del empleador a cambio de un seguro obligatorio (con las excepciones obvias de autoseguro y del empleador no asegurado). La situación de liquidación de la Aseguradora no tiene prevista como respuesta normativa la apertura de la responsabilidad directa del empleador (aspecto claramente opinable desde el marco constitucional), sino que se dispone que las prestaciones serán asumidas por el Fondo de Reserva administrado por la SSN, subsistiendo entonces

la indemnidad patrimonial de los empleadores que estaban asegurados por la compañía liquidada. No los expone al pago de las indemnizaciones que su aseguradora no pagó, como ocurre en el régimen general de seguros de responsabilidad civil frente a terceros no trabajadores.

Por tal motivo, si de un esfuerzo solidario se trata (como esboza los Considerandos de la Resolución conjunta cuestionada), para permitir que ese fondo cumpla las prestaciones que la ART liquidada no puede afrontar, correspondería que sea asumido por el colectivo de empleadores asegurados y no por el de trabajadores dañados a través de la resignación de parte sustancial de sus derechos, considerando que la alícuota de contribución de las ART al Fondo de Reserva es fijada por el PEN (art. 34 inc. 2 LRT) y que ello permite, en esos términos, recurrir a mecanismos de adecuación de esas alícuotas para recomponer el F.R. a fin de afrontar las obligaciones del caso; adecuación que las ART trasladarán en sus costos a los empleadores asegurados.

Alguna prestigiosa doctrina judicial entiende que esta afectación patrimonial no es, porque el trabajador podría acudir a cobrar el saldo impago de intereses por la vía verifictoria en el proceso de liquidación, como en los procesos de quiebra ordinarios. Pero disiento con esa visión. En primer lugar, el activo de la liquidada está menguado, porque conforme el art. 26 inc. 6° de la LRT, se transfieren al Fondo de Reserva todos los bienes destinados a respaldar precisamente las reservas que la aseguradora liquidada tenía para afrontar los créditos pendientes, situación que no tiene analogía en el régimen concursal ordinario. En segundo término, en el marco de la ley 20.091, los créditos de la ley 24.557 no son -para la liquidada- créditos laborales (ya que el trabajador siniestrado no es dependiente de la aseguradora), sino créditos de beneficiarios de “otro tipo de seguros”, cuyos privilegios están regulados en el art. 54. En el inc. b) se reconoce privilegio general a esos créditos, pero no lo extiende a los intereses, como lo hace el art. 246 de la ley 24.522 para los créditos laborales (aunque sólo por los primeros dos años). Es decir que, de acudir a la vía verifictoria, los intereses no tendrían ningún privilegio e ingresarían a la masa quirografaria, de cobrabilidad prácticamente imposible. Esto soslayando que, si la condena manda a pagar intereses a la tasa pasiva de la Resolución conjunta, y éstos son pagados por la SSN con el FR, no habría ninguna acreencia para verificar. En todo caso, esa instancia sólo sería posible en condenas anteriores a la liquidación; o imponiendo en la sentencia posterior la tasa ordinaria, y limitando la responsabilidad de la cobertura con el Fondo de Reserva a la tasa regulada administrativamente.

Y agrego para este supuesto: ante la posibilidad realmente cierta de que el trabajador no pudiere cobrar esos intereses en la liquidación por falta de activos, se operaría una “vuelta al Fondo”, porque estaríamos otra vez frente a un crédito impago de la liquidada, que es justamente la previsión del art. 34 LRT. Así que, con este cuadro de operaciones, el trabajador debería transitar todo un juicio; luego una verificación en otra jurisdicción, contratando y abonado honorarios a letrados en esa sede; esperar el proyecto de distribución de créditos quirografa-



rios; y agotada esa distribución, acudir nuevamente al Fondo para cobrar el saldo. Un procedimiento circular paradójico e impensable a la luz de la realidad práctica, y muy alejado de la finalidad tutelar de la LRT y de la creación del propio Fondo de Reserva.

#### e) *A modo de conclusión.*

Según lo antes desarrollado, y siempre aclarando la disparidad de criterios que impera sobre la materia, según mi criterio:

- en las indemnizaciones anteriores a la ley 27.348, se devengarían los intereses que de ordinario aplican los tribunales, hasta el 7/10/2019, en que correría la tasa activa según texto actual del art. 12 LRT.
- en las deudas regidas por la ley 27.348, se aplica exclusivamente la tasa activa BNA.

Todo ello sin perjuicio de que los tribunales, en ejercicio del control de constitucionalidad, pudiere entender que la tasa en cuestión no responde a los estándares constitucionales, y apartarse por lo tanto de la misma.

## IV. LAS COSTAS JUDICIALES

El Decreto 1022/2017 modificó el art. 22 del Dec. 334/96, reglamentario del art. 34 LRT, que ahora dispone en su primer párrafo que “la obligación del Fondo de Reserva alcanza el monto de las prestaciones reconocidas por la ley 24.557 y sus modificatorias, excluyéndose las costas y gastos causídicos”.

Ya se han emitido numerosos pronunciamientos, y en sentidos diversos, relativos a la vigencia temporal del Decreto y su aplicación o no a las causas en trámite. En Córdoba, el Tribunal Superior de Justicia se expidió en “Rosales Agileo Anacleto c/

Interacción ART S.A. y otro -Ordinario- Accidente in itinere” -Recurso de casación- 3188312” (Auto 149/2019), ratificando el criterio de la Sala de origen, en el sentido de que el Decreto no resultaba aplicable a los casos de aseguradoras liquidadas antes de su vigencia, con lo que todos los casos de ART Interacción quedarían afuera de la restricción que se imponía sobre las costas<sup>17</sup>.

Este criterio no aparecía aplicable en cambio para los casos de ART Liderar, liquidada en octubre de 2019. Pero en la ya mencionada causa “Fussari”, de marzo de 2021, con integración en pleno, analizó la constitucionalidad de la nueva regla. Dijo entonces: “*Es cierto, que la Constitución del año 1994, resuelve a favor de la dinámica de la potestad reglamentaria. El sistema dual, ya sea que el poder administrador actúe residualmente, como en el presente caso o lo haga de manera supletoria, encuentra limitación en la propia realidad. Que, en los términos de la Ley Máxima, significa no alterar el espíritu de la ley a la que coadyuva, ya que debe facilitar su aplicación, sin quebrar su finalidad -arg. art. 28 C.N.-. En autos, aplicado el decreto en crisis, no se cargan costas al fondo de reserva porque así lo dispone, aspecto que no estaba en la norma primaria. De ahí, el exceso del ejecutivo -inc. 2º, art. 99 ib.- claramente disvalioso para los derechos del impugnante, quien terminará pagando los gastos causídicos que no alcancen a ser cubiertos por la distribución que se lleve a cabo en la quiebra. Es importante destacar que la indemnización a la que accede el trabajador es por daño a la salud, la que ya se encuentra mermada por la misma circunstancia, con intereses a la baja, comparándolos con los ordinarios de esta Sala Laboral -Resoluciones conjuntas 233/04 y 29.773/04-.*”

<sup>17</sup> Dijo en el fallo: “El Sentenciante explicó -con acierto- que si bien el decreto Nº 1022/17 -del 11/12/17- efectúa esa disquisición de manera expresa, atento a lo dispuesto en su art. 3: ‘La presente medida entrará en vigencia a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial’, es inaplicable a los supuestos de aseguradoras liquidadas con antelación a su publicación, como ocurre en el subexamen. Señaló, que tal solución es conteste con las directrices del Máximo Tribunal expuestas en la causa ‘Espósito c/ Provincia ART SA’ (del 07/06/16). De ello se sigue que, el Juzgador basó el criterio de aplicabilidad en el tiempo, justamente, en la situación fáctica que determina la puesta en funcionamiento del FDR -liquidación de una ART-, en consonancia con lo resuelto por el Máximo Tribunal de la Nación”.



Modestamente, no compartí en su momento el criterio relativo a la aplicación temporal del Dec. 1022/2017. Si se trata de un Decreto reglamentario del art. 34 LRT, lo que resulta relevante es -como se lo hizo luego en Fussari-, verificar si la norma reglamentaria condice con la norma base. Si es así, no hace otra cosa que aclarar el alcance del art. 34 LRT, resultando en tal supuesto indiferente la fecha de la liquidación: la reglamentación cumpliría una función de aclaración o interpretación, y no de regulación. Pero si el alcance del art. 34 no permite visualizar esa limitación en orden a las costas, la cuestión no se dirime por la aplicación en el tiempo, sino por el exceso reglamentario, al contradecirse con la norma que reglamenta.

Creo en ese sentido, que el exceso reglamentario existe, tal como lo señala el Tribunal Superior. Y también creo que la interpretación del art. 34 no puede desprenderse del contexto objetivo de trabajadores y trabajadoras víctimas de infortunios laborales y sus abogados. Es que con una restricción de cobertura solamente por las prestaciones dinerarias y en especie de la ley, muy raramente un abogado asumiría la defensa, a sabiendas que debería ir luego a verificar su crédito de honorarios en un proceso sustanciado en otra jurisdicción, sin privilegio general (a diferencia del que sí tienen en una quiebra ordinaria) y en el que medió transferencia de activos al Fondo de Reserva, visualizando así una cobrabilidad verdaderamente dificultosa, cuando no lisa y llanamente imposible, volcando en definitiva la carga de pago sobre las espaldas del trabajador o trabajadora damnificados.

Los honorarios profesionales de abogados y peritos, generados en un proceso promovido a causa del incumplimiento de la ART, son una consecuencia asociada a la contingencia que causó la incapacidad, derivadas del incumplimiento de la aseguradora liquidada, y son por lo tanto “prestaciones”, en un sentido amplio, que ésta debía abonar. Que los honorarios integran el marco de prestaciones a cargo de la aseguradora, lo prevé el art. 1 in fine de la ley 27.348, cuando establece que “*Los honorarios profesionales que correspondan por patrocinio letrado y demás gastos en que incurra el trabajador a consecuencia de su participación ante las Comisiones Médicas estarán a cargo de la respectiva aseguradora de riesgos del trabajo (A.R.T.)*”. Es decir que los

honorarios profesionales y ‘demás gastos’ en que incurra el trabajador, son prestaciones a cumplir por la aseguradora, y que por lo tanto, en el caso de liquidación, deben ser soportadas por la SSN a través del Fondo de Reserva. Aunque la ley 27.348 no es de aplicación a todos los casos de ART liquidadas, ello no resulta en realidad relevante, ya que lo que vino a poner en evidencia la regla legal es la asociación entre el costo profesional y la contingencia, y la calificación del primero como una obligación a cargo de la aseguradora. Recién a partir de esta ley se lo plasmó en forma expresa porque antes no existía patrocinio letrado obligatorio ni posibilidad de proponer peritos de control en la órbita administrativa, y con la norma se brindó claridad a la situación. Y no alude a la instancia judicial porque la imposición de costas incumbe al juez de la causa y es materia procesal ajena a la competencia federal.

Resultaría, señalo, contrario al espíritu del instituto, que solamente cubra honorarios por lo actuado en Comisión Médica (que en nuestra ley arancelaria tiene igual tratamiento que el proceso ordinario, art. 100 ley 9459) y no los derivados de la instancia judicial, que está prevista en la misma ley. El patrocinio letrado es, en esta materia, un derecho inherente a la legítima defensa y el debido proceso legal, tutelados por el art. 18 CN, y, por lo tanto, sus costos deben ser entendidos con igual alcance que la disposición del art. 1 de la ley 27.348, esto es, como prestaciones a cargo de la ART que incumplió sus obligaciones y obligó a la recurrencia a la vía judicial.

El alcance propuesto no incluye los honorarios derivados de la actuación de los abogados que intervinieron por la aseguradora liquidada. Aunque parezca una obviedad, creo que es pertinente aclararlo, porque existen numerosos planteos formulados en sentido contrario, muchos de ellos actualmente en sede casatoria. Parece claro que estos aranceles no pueden ser considerados como “*prestaciones a cargo de la ART liquidada*” vinculadas a la ley 24.557, según la previsión del art. 34, sino más bien todo lo contrario: se trata de emolumentos por servicios profesionales brindados para oponerse a esas prestaciones, y engarzan dentro de la generalidad de gastos asumidos por la aseguradora para su funcionamiento, ajenas al marco de cobertura del Fondo de Reserva.





Mirna Lozano Bosch<sup>1</sup>

# ¿FONTANA CAMBIO “PELLICORI”?

## Valoración de la prueba ante los despidos discriminatorios



<sup>1</sup> Abogada; Doctoranda. Especialista en Derecho del Trabajo UNC -UCC-UNL; Especialista en Abogacía del Estado PTN ECAE; Especialista en Gestión de las Organizaciones sin fines de lucro UCC Docente de grado y posgrado. [mirna.lozanobosch@gmail.com](mailto:mirna.lozanobosch@gmail.com)



## I. LA PRIMERA INSTANCIA. FONTANA Y SU HISTORIA

Fontana<sup>2</sup> es el fallo más reciente de la Corte suprema de Justicia Argentina en materia de despidos discriminatorios, cabe mencionar que el fallo en su plataforma fáctica plantea el despido de una trabajadora realizado en función de una probada restructuración por razones económicas de la empresa después de haber transcurrido las instancias administrativas de un preventivo de crisis, la actora impugna su despido por obedecer el mismo a un trato discriminatorio por su activismo sindical.

La primer instancia niega el carácter discriminatorio del despido apelado la instancia, la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajador en segunda instancia revoca ese fallo de primera instancia y declara la nulidad del despido de la actora por entender que encubría un acto discriminatorio, aplica para la argumentación la regla establecida en el fallo "Pellicori"<sup>3</sup>.

Los hechos del fallo mencionan que Edith Fontana ingresó a prestar tareas a través de un contrato de trabajo eventual en noviembre de 2005, que la relación fue regida por el CCT 260/75<sup>4</sup>, que se desempeñó con la categoría convencional de oficial múltiple con una jornada habitual de ocho horas diarias, en turnos.

Fue despedida el 4 de Octubre de 2014 por acta notarial motivada en la drástica caída de la actividad de la empresa, provocada por las bajas en los programas de clientes determinados, las graves pérdidas económicas de la firma, la crisis financiera que devino en un endeudamiento y la conocida recesión económica general, razones que fueron expuestas en el Procedimiento Preventivo de Crisis llevado delante de la respectiva autoridad de aplicación administrativa del trabajo, lo cual configuró la justificación del supuesto de disminución de trabajo como una causal ajena y no imputable a la empresa, el despido se llevó a cabo los términos previstos en el art. 247 de la Ley de Contrato de Trabajo<sup>5</sup>.

Edith Fontana cuestionó la causa de su despido interpuso una acción de amparo, fundada en los arts. 43 de la Constitución Nacional, art. 47 Ley 23.551<sup>6</sup> y

Ley 23.592<sup>7</sup> por entender que su despido obedeció a razones discriminatorias en los términos del art. 1 de la ley antidiscriminatoria motivado en su activa participación sindical en la organización, su participación en diferentes asambleas, medidas de fuerza y petitorios. Los conflictos colectivos en la empresa se dieron en octubre 2013 y febrero 2014, ella participo en la cadena de transmisión de comunicación entre los delegados y los trabajadores, en lo que respecta a la difusión de las propuestas en su sector de trabajo, y en la comunicación de las inquietudes de sus compañeros.

Fontana alego también que un jerárquico la había hostigado, no expresa el fallo de primera instancia como fue la descripción de ese hostigamiento, tampoco se refiere en ningún considerando a ello. Vale como una aclaración la necesidad de como operadores poner atención cuando una mujer específicamente hace alusión a un hostigamiento en estos tiempos, reparar en la búsqueda de la verdad material, cuando un hecho así es manifestado.

Ahora bien, pareciera que la Corte en el caso pone de relevancia a priori el hecho que la Empresa terminó el Procedimiento Preventivo de Crisis (PPC) ante la autoridad el 24/09/2014, no violó la prohibición del art. 104 de la ley 24013 como si por el sólo hecho de una negociación de crisis no pudieses existir razones discriminatorias basadas en la actividad sindical, lo cierto es que el despido se realizó exactamente 10 días después de cerrado el preventivo.

Ante el reclamo la Empresa negó el carácter discriminatorio al acto del despido, negó a Fontana su carácter de activista sólo reconoció su participación en asambleas, reclamos y petitorios que esas evidencias no implican una actividad sindical, sobre todo porque el establecimiento tenía ya un cuerpo de delegados en ejercicio. Que la comunicación puente entre la comisión interna y los empleados ya fue utilizado por otros reclamantes como argumento, que esa repetición de relatos para justificar la pretensión de nulidad de un despido es una estrategia defensiva.

La primera instancia no entendió que existieran elementos siquiera de modo indiciario sobre un rol sindical que hubiese operado como sustento de un actuar discriminatorio por la empresa. Resaltó que lo sindical era exclusivo ejercicio del cuerpo de delegados. Que la mera participación de asambleas, en el marco de un conflicto colectivo no basta para calificar a un trabajador de activista. Afirma que para considerarse activista sindical debe observarse un ostensible actuar en representación del interés colectivo, de, al menos, un grupo de trabajadores. No valora la testimonial que avaló en este sentido un actuar en la calidad de activista de Edith Fontana. No toma en cuenta la testimonial como ya se dijo pero además ninguna observación respecto al acto del despido realizado 10 días después del cierre del procedimiento preventivo de crisis, nada dice de los reclamos en el mismo sentido por otros trabajadores, además la condición

2 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina 8 de mayo de 2021 "Recurso de hecho deducido por la parte demandada en la causa Fontana, Edith Fabiana c/ Cibie Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo".

3 Corte Suprema de la Nación Argentina del 15 de noviembre de 2011 "Pellicori Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo" (Fallos 334:1387).

4 El Convenio 260/75 celebrado entre la Unión obrera Metalúrgica de la República Argentina"; "Federación argentina de la industria Metalúrgica"; Federación Argentina de industrias metalúrgicas livianas y afines" y "Federación Argentina de la industria metalúrgica del interior".

5 Ley 20744 Ley de Contrato de Trabajo. Honorable Congreso de la Nación Boletín Oficial del 27-sep-1974.

6 Ley Nacional de Asociaciones Sindicales N° 23551(1988). Art. 47 Todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la presente ley, podrá recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente, conforme al procedimiento sumarísimo establecido en el artículo 498 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación o equivalente de los códigos procesales civiles provinciales, a fin de que éste disponga, si correspondiere, el cese inmediato del comportamiento antisindical.

7 Ley Nacional de Antidiscriminación N°23542 (1988) Art. 1.: "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".



objetiva de cerrar el procedimiento del preventivo de crisis no significa que la empresa no pueda ejercer un acto posterior de manera discriminatoria.

La lectura de la primer instancia de Fontana marca un eje al negarle el despliegue de una actividad protegida, niega la posibilidad de seguir con el análisis de los siguientes pasos en el uso del estándar probatorio que fija como regla común a los casos de despidos discriminatorios el precedente de Pellicori, sin la posibilidad de una verosimilitud se le hace más fácil examinar la carga de la empleadora en torno a afirmar que obedeció a otras razones justificadas, no discriminatorias. En la apelación ante la cámara se hace todo lo contrario se pone énfasis, se puede decir acento en reconocer la actividad de Fontana, como una conducta protegida orientada a lo común, entendió que la verosimilitud de los hechos sucedidos eran compatibles con un actuar discriminatorio y determino que la empresa no desvirtuó el carácter invocado. Aplica la ley antidiscriminatoria en los términos de Pellicori y ordena reinstalar.

## II. LA CÁMARA EN FONTANA Y EL USO DE “PELLICORI”

Ya se adelantó que la cámara en el caso “Fontana” aplica *Pellicori*<sup>8</sup> ordena la reinstalación, pone énfasis en la valoración de las declaraciones las testimoniales donde se evidencia y se pone énfasis en el actuar de Fontana, que ella ejercía una actividad sindical, admite que su despido es compatible con ‘despido-represalia’. Menciona la importancia de la ley 23592 y el Art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional que atribuye supremacía constitucional a los instrumentos internacionales en torno a la erradicación de estas conductas ilegítimas.

El fallo de Cámara de Fontana textualmente reza en sus considerandos que: *...“las formas de discriminación no son abiertas ni explícitas, no se apoyan en normas legales y como tales actitudes tienen un amplio repudio general el encubrimiento y la disimulación del acto es lo habitual... es necesario efectuar una lectura de los hechos más allá de su expresión literal en concordancia con el principio de la primacía de la realidad.”*

La cámara encuadra el despido en el art. I de la Ley 23.592 admite la nulidad, ordena reinstalar enuncia la violación de los convenios N° 87 y 98 de la OIT sobre libertad sindical; El Convenio N° 111 de OIT sobre discriminación, empleo y ocupación, sustenta que se vulneró la garantía contenida en el art. 16 de la Constitución Nacional; Convención Americana sobre Derechos Humanos y tratados que integran el bloque de constitucionalidad federal en el art. 75, inc.22 de la C.N. basados en el principio de igualdad ante la ley y no discriminación.

La sentencia de Cámara en Fontana está en una total sintonía con lo fallado en Pellicori en especial con su regla del considerando once este último fallo, refuerza la importancia de utilizar estándares especiales de prueba cuando se ponen en juego los principios de igualdad y prohibición de discriminación, la relevancia de lo instrumental como garantía de tutela efectiva. En los términos de evaluar la eficacia de los remedios procesales para proteger el derecho vulnerado incluye la necesidad de usar estándares probatorios específicos para estos casos por parte de los jueces.

Cabe decir que cuando lo que se invoca es un acto de naturaleza discriminatoria es tan importante su posibilidad de protección procesal para llegar a la verdad real que se debe reducir el grado de exigencia en la convicción probatoria en cabeza del actor que invoca ser víctima, a su vez se debe modular la distribución de la carga, es un grave error pensar que Pellicori hablar de la inversión de la carga de la prueba, no usa la palabra “invertir” usa la palabra “modular”, porque no quita la carga probatoria de la verosimilitud en lo afirmado por la víctima, pero el acto de modular importa exigirle solo la verosimilitud en los hechos invocados.

Su existencia como precedente jurisprudencial frente a los actos discriminatorios fue crucial, fue celebrado

<sup>8</sup> Corte Suprema de la Nación Argentina del 15 de noviembre de 2011 “Pellicori Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo” (Fallos 334:1387).



por la doctrina, su fundamentación está justificada exhaustivamente en el bloque constitucional y convencional vigente en cuanto a su holding constituye una regla situada en su justificación interna, sobre los estándares probatorios que deben ser observados para las situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto particular tildado de discriminatorio.

La misma Corte en Pellicori y en fallos sucesivos afirma y reconoce que son actos de difícil probanza. Incluso indica en uno de sus considerandos que las pautas fijadas no sólo deben servir o asistir a las presuntas víctimas de discriminación como litigantes, sino que no deben desalentar que exista un régimen procesal opuesto a la eficacia del derecho, que importe la posibilidad que otras víctimas en trance de decidir sobre su reclamo duden si acudirán o no en demanda de justicia para garantizarlo.

La prueba de los actos discriminatorios, dice “*Pellicori*”: no puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido. También en el mismo fallo se descarta la posibilidad que fijar nuevos estándares signifique una eximición de prueba a una parte de un litigio, la carga de la prueba se reduce, se modula, lo que establece en el “*Leading case*” es que cuando el objeto de un caso se invoquen actos discriminatorios que resulten controvertidos, quien los alegue deberá acreditar que verosímilmente se siga la configuración del motivo discriminatorio en los hechos invocados. Pellicori, entonces expresamente exige ese grado de convicción para entender que se está frente a un acto de discriminación.

La sabida dificultad probatoria ordena usar un estándar distinto, primero quien alega la existencia de un motivo discriminatorio debe acreditar que la cadena de hechos verosímilmente lleva a una actividad protegida por las normas que invoca. Las conductas o hechos que verosímilmente conllevan una acción presunta, subyacente, que vive en la motivación del autor de la discriminación, importan una motivación posible y justificadas en la ilegitimidad, ausentes en la exteriorización de la conducta y elementos propiamente visibles, por ello se considerará probada si el interesado acredita de modo verosímil que su conducta en la medida de los hechos sucedidos son compatibles con la posibilidad discriminatoria y el demandado no pruebe que su actuar respondió a un móvil ajeno a toda discriminación.

Obviamente la causa discriminatoria nunca va a surgir del “contexto fáctico que rodeó la desvinculación...”<sup>9</sup> “la discriminación, por lo común, se caracteriza por constituir una conducta una finalidad solapada, oculta o encubierta, que no es reconocida por quien la ejecuta y, por lo tanto, es harto improbable que surja de las conductas exteriorizadas...”<sup>10</sup> nunca el acto discriminatorio se va a mostrar de manera ostensible, claro y manifiesto. Siempre es necesario que sea demostrado mediante otras pruebas. De allí la necesidad del acento nuevamente en la conducta desplegada por el actor. Era una líder reconocida grupalmente, su legitimidad interna en la empresa como trabajadora era reconocida por sus pares. Este actuar suyo en este contexto era individual o grupalmente diferenciado compatible con la actividad en defensa de intereses comunes.

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6 de Febrero de 2018 “Farrell, Ricardo Domingo e/ Libertad S.A. s/ despido”.

<sup>10</sup> Ídem Farrell.



Para volver a Pellicori, cabe decir que no sólo fija como regla el estándar de valoración de la prueba que deben usar los jueces, sino que detalla la importancia de las fuentes constitucionales y supra legales y de derecho comparado que le dan relevancia a la protección de las personas que puedan haber sido víctimas de actos discriminatorios, la implicancia de una protección basada en el orden del sistema de Derechos Humanos cuando se está frente a actos discriminatorios, es un fallo que lleva a nuestros operadores jurídicos a un llamado de atención a un cambio de paradigma frente a estas situaciones sobre todo en las primeras instancias donde la actividad prueba se despliega en plenitud. En esta sintonía la segunda instancia en Fontana se apoya en Pellicori cuando entiende que la actora probó su actividad sindical, cuando determina que surgen indicios precisos, graves y concordantes en torno a la existencia del motivo discriminatorio, pone énfasis en la prueba testifical como un “haz de indicios suficientes” para presumir que la trabajadora había sido víctima de discriminación por su actividad sindical lo que conlleva la inmediata orden de reinstalación de Edith Fontana en la Empresa.

### III. LA CORTE EN FONTANA SU RELACIÓN CON VARELA, LA NECESIDAD DE UNA REGLA AMPLIADA DE “PELLICORI”

El desenlace de Fontana es en estos momentos es aleccionador, se desestima el despido discriminatorio lo importante es desentramar la línea argumental de esa decisión. Apelada la sentencia de Cámara deducido el recurso extraordinario por la Empresa cuya denegatoria cae en queja, admitida ésta en base a la doctrina de la arbitrariedad lo primero que hace la Corte es criticar al a quo en cuanto el mismo no explicita las pruebas en las que se basó al determinar la supuesta actividad sindical, pone énfasis en la omisión de analizar los motivos económicos que motivaron el despido. Hace mención a que Fontana fue despedida junto a otros 34 dependientes y objeta que no se dieron razones contestes para justificar el importe del daño moral.

La misma Corte en el considerando quinto del fallo “Fontana” recuerda que la regla probatoria en los actos discriminatorios es “Pellicori” a la que suma “Sisnero” y novedosamente suma a “Varela” fallo que no implicó la reinstalación sino que revocó un fallo del Superior Tribunal de Catamarca ordenándose por la Corte a dictar uno nuevo por no haber seguido la regla probatoria de “Pellicori” rechaza la discriminación de Fontana.

Sobre Varela<sup>11</sup> hay que detenerse, fue un fallo polémico, es un antecedente en el que la Corte podría decirse amplía la regla de Pellicori por cuanto pone énfasis en atender la categoría del bien jurídico que se invoca “es decir el trato discriminatorio”, tiene como protagonista a un trabajador “activista” con

diez años de antigüedad que en su oportunidad instó a sus compañeros a que se organizaran y propusieran la designación de delegados de personal en un espacio que no contaba hacia cinco años con representación orgánica. El trabajador había pedido incluso el apoyo de la entidad sindical ya que se trata de una sucursal con más de cientos de dependientes en la ciudad de San Fernando de Catamarca, apoyo de la entidad que el trabajador no consiguió. Varela fue suspendido por supuestas irregularidades el 19 de abril 2015, el mismo 21 de abril rechazó la sanción impuesta por entender que la misma encubría una represalia de ese intercambio termino despedido el 25 del mismo mes bajo el argumento de una conducta agravante contra la empresa. Varela cuestiona la decisión de su despido fundándose en que es un despido basado obviamente en sus reclamos.

Esta probada su diligencia para las gestiones llevadas a cabo ante la autoridad administrativa, se cuestiona el tiempo en el que las mismas fueron realizadas, como si no fuese un actuar diligente ante la amenaza de sufrir un despido represalia, recurrir a la posibilidad de acudir a la entidad sindical para mayor protección, como si no se supiera lo difícil que es lograr que la entidad supere la inercia en ciertos casos para realizar una convocatoria a elección de delegados obreros, a pesar de estar demostrado que hizo presentaciones ante el Ministerio de Trabajo de la Nación y ante el propio gremio para llamar a elección de delegados de personal se le cuestiona el tiempo en el que las hizo. Incluso frente a la existencia de un dictamen del Ministerio de Trabajo en favor del demandante en el que se intimó a la Seccional Catamarca del Centro de Empleados de Comercio a que disponga la convocatoria a elecciones de delegados. Varela tuvo que esperar un reenvío y varios años para encontrar justicia.

El despido de Varela se motivó en una justa causa en los términos del 243 de la Ley de Contrato de Trabajo. De los motivos de la extinción el argumento de la primera instancia deja ver que no se comprendió que haya habido un incumplimiento, falta o inobservancia clara en la relación laboral que importara un daño o menoscabo a la seguridad, honor o interés de la patronal por parte de Varela, la primera instancia pese a la falta de comparendo de la patronal, admitió las pretensiones del actor con fundamento en el artículo 47 de la ley 23.551, las cláusulas constitucionales que consagran el principio de no discriminación, el derecho a la igualdad y los Convenios 87 y 98 OIT. El fallo de primera instancia en 2006 indicó que se habían realizado cambios de destino del trabajador, control de horarios injustificados, negativa de permisos para ausentarse por exámenes, por la testimonial del inspector de la Dirección de Inspección laboral afirmó que Varela no podía haber sido desvinculado por otras razones más que por sus reclamos sindicales. La primera instancia de Varela tiene como detalle de peso que obraría en el entendimiento en contrario a la regla de Pellicori en la segunda instancia, la rebeldía de la demandada, quien pudiera decir que la rebeldía importaría el peor escenario para el actor demandante, la falta de carga probatoria del empleador lo beneficiaría, pese a la primera instancia acogió la regla frente a despidos discriminatorios, pese a los elementos compatibles con una verosimilitud, conductas materiales del actor traducidas en diligencias sindicales colectivas, testimoniales, bastó la ausencia del actuar de la patronal para su propio beneficio en

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, 4 de septiembre de 2018 “Varela, José Gilberto C/ Disco S.A Recurso De Hecho- Amparo Sindical



la segunda instancia, lo que significó que la Cámara de Apelaciones revocara la sentencia, Varela interpuso un recurso de casación ante la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca el mismo se rechazó por improcedente, ante ello interpuso el extraordinario cuya denegación dio lugar a la queja que motivó el fallo de la Corte en el que se determinó que no se usó Pellicori. El largo camino frente a una discriminación debería llamarse la historia de Varela, parece tan lejana la tutela efectiva cuando la cadena de justicia permite que un acto tildado de discriminatorio se cuestione una y otra vez, una re victimización.

Para revocar el fallo de primera instancia Disco SA, la Cámara y la Corte suprema de Catamarca afirmaron que la 23.551 no prevé como mecanismo la reinstalación del activista sino que ésta es para los representantes gremiales. Varela tiene considerandos graves desde el punto de vista de la justicia social y el sistema de derechos humanos laborales, resalta que la decisión del despido en el ámbito privado es consecuencia del instituto de la estabilidad impropia que el trabajador tenía. Pone nuevamente en duda si Varela era en verdad un activista o representante sindical de hecho, hace mención que los dependientes que estaban en la empresa no lo reconocían como tal y por último resalta como ya se mencionó que las presentaciones al Ministerio por parte de Varela son concomitantes al despido que había efectuado la Empresa. La Corte en Varela menciona Pellicori reitera el funcionamiento del estándar probatorio, reitera que su uso implica que quien invoca la discriminación debe acreditar la verosimilitud o que verosimilmente la medida pudo ser dispuesta por esa razón y el demandado debe probar también que la medida respondió a un móvil ajeno a toda discriminación. Solo así se entiende que se está frente a actos probados de discriminación.

La Corte dice que en el fallo Varela se omitió por completo examinar las razones de la empresa. No usó la regla fijada en el precedente mentado, desestimo los indicios razonables. Cuando refuerza la figura de lo que se considera un activista sindical protegido, pondera también la causal invocada por la empleadora (las supuestas impuntualidades) bastasen para la configuración de una injuria suficiente que justifiquen la desvinculación con causa. La Corte en Varela revoca el fallo del Tribunal superior de Catamarca hace una distinción -inocua a la posición de esta autora- en cuanto menciona que es diferente si la medida cuestionada es un despido incausado que cuando se invoca la existencia de una injuria. Como si importara lo que se exterioriza como actuar empresario, sabiéndose ya que nunca ese actuar exteriorizado va a servir para probar la discriminación o desestimarla en posición de esta autora porque si se quiere despedir en razón de un activismo lo primero que se tiene que hacer para no pagar las consecuencias es distraer, simular, exteriorizar acciones aparentemente válidas y legítimas para esconder, ocultar la verdadera finalidad.

La Corte determina que las leyes 23.551 y 23.592 obligan en caso de despidos discriminatorios que el empleador acredite que el trato dispensado al trabajador en cuestión no obedeció al motivo discriminatorio reprochado, pone una carga de negación pero al exigir este requisito lo que hace es dificultar la probanza en definitiva.

Es decir que para la Corte en Varela deja pasar que un despido causado podría importar la posibilidad de desvincular válidamente si se acredita que la causa no del mismo acto no importa un despido discriminatorio, entonces a posición adelantada de esta autora bastaría ridículamente en definitiva que se demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere la única limitación clara es que la rescisión no responda públicamente a los móviles discriminatorios proscriptos, que claramente es sabido, jamás serán explicitados por un empleador al despedir.

Por eso la Corte en Varela nos confunde, lo usa como un precedente que sigue Pellicori pero lo cierto es que la Corte en Varela revoca el fallo de a quo por no usar Pellicori para decidir, reconoce Varela su actuar protegido como activista, reconoce su representación de hecho como condición regular protegida, hace con una vasta mención de fuentes internacionales, pero pese a todo habla de:

*“...la efectiva protección contra todo acto u omisión discriminatorios en el ámbito de la libertad sindical y de sus condiciones imprescindibles: ...libertad de opinión, de expresión y de reunión, son, en definitiva, patrimonio de todo trabajador, sindicado o no, con pretensiones de representatividad o no, así como recaudos necesarios para que la organización sindical “libre y democrática” que asegura el art.14 bis de la Constitución Nacional sea una realidad concreta y significativa... La libertad sindical sólo puede ejercerse en una situación en la que se respeten y garanticen plenamente los derechos humanos fundamentales...”* (Considerando CSJN Fallo Varela; 2018).

Lo reprochable en Varela es que mientras hace un reconocimiento exhaustivo a la protección de la libertad sindical individual del trabajador particular, al mismo tiempo usa una justificación externa basada en el despido libre, en acentuar la estabilidad relativa impropia de los trabajadores en el ámbito privado, en la no prohibición en la Argentina del despido, en la distinción de causales de despido frente al uso de la regla probatoria de Pellicori. Algo que claramente pudo ahorrarse y no lo hizo.

Ojalá la historia de Varela se hubiera terminado en la Corte Suprema de la Nación, no fue así, la historia de Varela terminó con el fallo de la Corte de Catamarca con la Sentencia definitiva N° 46 el pasado 16 de Octubre de 2019, donde los ministros provinciales reconocen el apartamiento indebido de la regla de orden público y de paz social que ordena seguir las sentencias de la Corte en función de la Supremacía Constitucional, los ministros también admiten la indubitable obligación de aplicar al caso del estándar fijado en “Pellicori” resolviéndose en definitiva ratificar en todas sus partes la sentencia de primera instancia del año 2006, trece años para un reconocimiento en términos de derechos humanos laborales de un acto discriminatorio.

Ahora bien Varela nos dejó el sin sabor de una Corte que puso énfasis en la carga de negación empresaria veremos ahora que hace la Corte en Fontana, le niega el primer supuesto a la autora, no la considera una activista, no la considera una representante de hecho, desestima que ejerce una actividad que le permite ampararse en la 23592 como titular de un bien pro-



tegido frente a la discriminación, entonces toda discusión es casi inútil, habla que el carácter de activista no supera el marco de una “discrepancia valorativa”, no le alcanzaron los considerandos de la ratio en Pellicori, Sisnero y Varela, los reduce a una “discrepancia valorativa” y que hace nuevamente la Corte pone énfasis en la carga negatoria de la empresa cuando debe probar que no discriminó, acentúa que a prima facie que las causales de dificultad económicas probadas bastan como causales serias, objetivas y ajenas para desvirtuar el móvil discriminatorio. Descalifica la sentencia apelada no trata más puntos y ordena que vuelvan los autos al tribunal de origen (Sala IV CNAT) a fin de que, se dicte un nuevo pronunciamiento. Al igual que Varela que tardamos años en ver la historia judicial completa frente al reenvío, lo mismo nos pasa con Fontana no sabemos el desenlace definitivo de las cuestiones pero nos permite hacer algunas distinciones para situaciones semejantes.

## IV. POSICIÓN DE LA AUTORA

A posición de esta autora caben las presentes conclusiones:

1). “Pellicori” es un precedente constitucional, cuyo holding es una regla frente a los despidos discriminatorios que no puede ser soslayada, incluso reforzada por el fallo “Sisnero” y por “Varela”. Aún así parece que hoy Pellicori no alcanza, no basta con poner bajo relevancia la carga afirmatoria de la actora, la verosimilitud y la carga negatoria de la empresa.

2). Debiera primar siempre el principio de libertad sindical cuando es ejercido de manera individual por un trabajador, como un bien propio del sistema de derechos humanos al igual que el principio de no discriminación si bien es un fallo cuestionado en sus otros considerandos, Varela no puede afirmar otra cosa que ordenar usar en definitiva “Pellicori”. Si bien Argentina no posee una regla estricta de seguimiento de precedentes lo cierto que apartarse de los fallos constitucionales que dicta imputa no sólo la necesidad de justificar la falta de similitud del fallo para hacerlo, lo cierto es que es difícil salirse de la regla que establece como precedente “Pellicori”

que como se dijo no fue desplazado en la actualidad por ningún otro precedente (no hay overruling<sup>12</sup>).

3). Es relevante tener presentes como operadores jurídicos que el hecho y acto de discriminación se configura en una etapa en la que el trabajador está absolutamente en una posición de hipo suficiencia, etapa en la que generalmente no está asesorado, en la que las maniobras pueden encontrar un sin número de formas para esconder la indebida finalidad. Que las causas objetivas de dificultad económica como cualquier otra causa exteriorizada no importan la posibilidad de ninguna manera que el despido no haya podido obedecer a razones discriminatorias, Fontana Edith no era cualquier trabajadora, era una trabajadora comprometida con la participación colectiva, este énfasis en su actuar participativo debió tener más peso frente a la premisa negatoria de la empleadora.

4). No debiera sorprender que la mínima actuación en un sentido colectivo de una trabajadora o trabajador cualquiera, pone al Empleador en alerta de futuras situaciones de reclamo, que el activismo y la participación en un sentido colectivo constituyen casi un acto de valentía en estos tiempos, al que claramente no se suman la mayoría de los trabajadores por temor a la pérdida de trabajo y posibles represalias. Que dicha participación en el seno de la empresa u organización no solo tiende a no ser reconocida sino que trata de obviamente no ser fomentada y generalmente procura ser disuadida.

5). En un país que a pesar de su fuerte modelo sindical no tiene en la mayoría de las empresas representación de delegados de personal, como tampoco debiera sorprender que existan además liderazgos naturales. Que existan delegados además no implica no existan activistas o trabajadores con actividad sindical, que si surgiese una voz que vehiculice, verbalice los reclamos colectivos, individuales incluso o de un grupo de trabajadores no baste para sospechar que cualquier modificación a sus condiciones de trabajo pudiera significar acciones que escondan una ilegitimidad basadas en la represalia para la abstención de la realización de las mismas y un ejemplar mensaje al resto de los trabajadores de la empresas si se animaran a replicarle.

<sup>12</sup> Una técnica de no aplicación del precedente es el overruling (como se conoce en los sistemas jurídicos de la familia del commonlaw) (Brenner, Spaeh, 1995). Se puede entender esta técnica como la capacidad que tiene un juez para modificar o anular una regla de precedente (Pulido Ortiz, 2018: 209).



6). Que aún así las voces de los trabajadores en las bases son más fuertes que la de los mismos delegados de personal en los reclamos, más en una situación de crisis económica como la que atravesaba CIBIE, donde el destino frente a un preventivo es consabidamente una situación delicada para la estabilidad de los trabajadores es también una oportunidad para los llamados “despidos quirúrgicos”, la causal de crisis económica no importa que no pueda haber habido discriminación en razón de la persona de la trabajadora, al contrario, en los momentos de crisis es donde la empresa es habilitada de desvincular y debe ser estricta en hacerlo de manera legítima y esto implica no tener desviada su finalidad.

7). Argentina tiene esa eterna crisis de empleo y trabajo que pone a muchas Empresas en posición objetiva de despedir, pero no hay que confundir, el acto discriminatorio nace viciado en su causa, en su génesis, su estructura está afectada va a responder siempre a formas que aparentemente legítimas escondan la verdadera finalidad desviada de la discriminación. Por eso hay que poner énfasis en la conducta de la trabajadora o trabajador implicado, que hacían, que hizo antes de su despido o suspensión, que reclamos había vehiculizado en forma individual incluso, que grado de participación colectiva asumió.

8). El que existan delegados no significa en paralelo la no existencia de activismo sindical de hecho por parte de algún otro trabajador o trabajadora. Las competencias personales que importan la tarea de una construcción colectiva o un actuar en defensa de un interés común o incluso propio ya es ponerse en una situación de desventaja y de riesgo consabido de sufrir represalias en una organización. Los delegados no nacen delegados, primeramente sus aptitudes del ser, hacer y saber los hace trabajadores comprometidos que generalmente trabajan en su propia legitimación al interior de los espacios compartidos, son personas que participan, de asambleas, actos, medidas de acción directa, en un contexto donde el sólo hecho de participar de instancias colectivas es una actuar diferenciado, no es un actuar común y generalizado en los trabajadores privados de estos tiempos, hay una crisis profunda en este sentido, es difícil construir colectivamente en las organizaciones, hay un desaliento constante en este sentido al actuar colectivo.

9). Como una obligación anual, bueno sería sin desmerecer la vital tarea que los jueces del trabajo de la primera instancia a más de visitar establecimientos, presencien por lo menos dos asambleas de personal, o se sienten en mesas de negociación colectiva de crisis al año, para que pueda dimensionarse lo que cuesta construir consensos desde el actuar colectivo de los trabajadores y empleadores y como la tensión permanente de fuerza entre las partes se hace siempre presente, nunca desaparece menos cuando hay crisis económica, como en el caso Fontana, cuestión que parece querer resaltar la Corte en plena pandemia.

10). No basta el reconocimiento sustancial del derecho a la no discriminación si éste no tiene el remedio adecuado efectivo en lo procesal para su protección, usar estándares diferenciados para valorar la prueba es el piso para trabajar en discriminación, el cambio de paradigma reitero debe poner énfasis también en el bien jurídico protegido que el supuesto acto discriminatorio disuadió en el ámbito laboral. Que no de

hacer el acto del despido a ese trabajador es una pregunta importante. Por eso cuando se invoca discriminación, lo primero es eliminar una categorización inocua de lo que es o no activista donde tenemos las principales disidencias valorativas. La invocación discriminatoria de un acto importa el debilitamiento de la necesidad de convicción de la prueba del actor siñéndose solo a la verosimilitud de los hechos para causar el acto discriminatorio y en el mismo sentido seguir exigiendo que el empleador pruebe que no discriminó, no importa la carga negativa de la empresa, siempre habrá causas posibles que los oculten, las causales objetivas de dificultad económica probadas, cuando el despido se realizó efectivamente diez días después, como cualquier otra causal puede esconder una razón discriminatoria. Por eso el énfasis esta dado en el actuar de Fontana y no en el actuar de la empresa esto el juez de primera instancia lo tenía en sus testimoniales, que importa si había o no delegados, Fontana demostró que desplegaba actividad diferenciada del resto de los trabajadores era una trabajadora comprometida con un hacer colectivo. La crisis de participación de los trabajadores se manifiesta de diversas maneras, entre ellas en la crisis de las bases frente a sus representaciones legales, el descenso o estancamiento de las tasas de afiliación sindical. El mérito por lo individual y el reproche por el actuar colectivo. Por eso para cerrar queda reafirmar que ya “Pellicori” no alcanza.

Fontana a mi juicio si tuvo un despido represalia ya que su actuar futuro no era más que el de convertirse en una futura delegada de personal, hecho que quedo desactivado con su despido.

El desafío de los actos discriminatorios está en la valoración de su prueba de difícil acceso, en la responsabilidad de las primeras instancias frente a la garantía de la tutela efectiva frente al sistema de derechos humanos, en su énfasis instrumental estricto para sopesar la conducta material desplegada por el trabajador que verosímilmente pudo llevar al acto discriminatorio, debemos mejorar los estándares de prueba en este sentido, superar la carga negativa puesta en la empresa que siempre va a encontrar la manera de justificar. Cómo se protege hoy un trabajador frente a estos actos ilegítimos de discriminación, ojala no reposemos en la respuesta de largo y dificultoso recorrido hasta la Corte, con la posibilidad incluso de un posterior reenvío para protegerle.





**Adriana Micale<sup>1</sup>**

# **LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN SOCIAL**

## y la Garantía de su realización en el Marco Local



---

<sup>1</sup> Abogada. Magister en Seguridad Social y en Prevención y Protección de Riesgos del Trabajo. UALCALA Profesora Regular Investigadora de la Facultad de Derecho y Profesora de la Carrera de Relaciones del Trabajo de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Políticas De Seguridad Social para América Latina, OIT Universidad de Turin. Especialista En derecho Social Y Magister en Empleo y Doctoranda U.C.L.M. Conferencista y Publicista nacional e internacional.



## I. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Estos Derechos están garantizados por la vigencia de la ley 23.313 que ratifica el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que garantizan su vigencia.

A su vez, con la incorporación al artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos enumerados, y la reforma del año 1994 dichos tratados cobran jerarquía constitucional lo que determina una extensión de amparo, que necesariamente requiere de la intervención judicial si las leyes nacionales no los receptan.

La problemática planteada cobra entidad en tiempos de crisis, donde el acceso a la protección es una demanda creciente y muchas veces insatisfecha.

Nuestra constitución dentro del ámbito de los derechos económicos y sociales, materializa la protección social, lo que se constituye de modo más bien difuso y disperso, en tanto son diversos los preceptos que contienen las referencias de protección en cada uno de los sub sistemas que abarcan las diferentes contingencias, y la compensación prestacional prevista ante la producción de las mismas.

Así, cuando el artículo noveno del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales prescribe que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”, se garantiza el derecho a peticionar y se motoriza el andamiaje de protección donde la jerarquía constitucional permite hacer efectiva la administración de dicha protección. En el mundo, se debaten las competencias y su atinencia en el otorgamiento, por caso como surge de la constitución española y los derechos de protección social, donde básicamente son tres los títulos competenciales en juego. Los referidos a la seguridad social, propiamente dicha que otorga al estado, la competencia en legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social. En segundo lugar se otorga competencia a las comunidades autónomas en cuanto a lo asistencial y en tercer lugar un título competencial transversal dirigido a los derechos constitucionales en general.<sup>2</sup>

De este modo, comienza una vía de extensión de la competencia de los tribunales donde la extensión se materializa haciendo efectiva la vigencia de los derechos económicos y sociales como expresión de la realización de los derechos humanos fundamentales.

## II. LAS ACCIONES POSITIVAS

Cabe señalar, cómo la teoría de las obligaciones positivas a cargo de los estados parte en el convenio se acuñan a través de la jurisprudencia. De acuerdo con esa teoría las obligaciones que resultan del convenio, no se limitan a la abstención de llevar a cabo conductas que vulneren los derechos protegidos, sino que incluyen el deber de actuar para que se creen las condiciones para que dicho derecho sea respetado de manera efectiva. Sin embargo, como se ha expresado, si bien en principio el instrumento de las obligaciones positivas parece especialmente adecuado para los derechos de naturaleza prestacional como lo son los económicos y sociales, podría existir un obstáculo importante de carácter práctico como lo es la traducción en términos económicos de la garantía del respeto de los derechos sociales, que se materializa al decir de Alfonso de Salas<sup>3</sup>, como una suerte de injerencia en la política social de los estados parte del convenio, en la medida en que la ejecución de una Sentencia de un Tribunal relativa a un derecho social, podría hacer exigible una asignación de recursos financieros que puede ser importante y que podría ir en detrimento de otras prioridades de dicho estado en el ámbito social, lo que de todos modos no podría considerarse como un impedimento insalvable en tanto esto podría predicarse respecto a cualquier otra obligación comprometida por un estado parte. Lo que en igual sentido para Sudre<sup>4</sup> el retaceo de la aplicación del convenio “es una acción deliberadamente buscada, que puede reforzar la consideración de que son las circunstancias económicas ligadas al recurso a esta alternativa de inclusión de esos derechos en el plano del convenio, las que han movido al tribunal a ese comportamiento”.

Los valores y principios supraestatales reconocidos en los textos constitucionales, constituyen un marco de acatamiento que se impone a los estados particulares, con una especial visualización de la dignidad humana como piedra angular de la interpretación y aplicación constitucional, a la definición de respuestas globales, tal como lo señala Alejandro Pérez Hualde. Por su parte, cabe resaltar tal lo señalara Germán Vidart Campos<sup>5</sup> que los principios de interpretación elaborados por la doctrina vinculada con los derechos humanos se hacen aplicables plenamente a los servicios universales y así es como no se puede obviar mencionar al principio de *progresividad*, al principio *pro homine*, al *pro actionem* y al *pro debilis*, los que han interrumpido con gran fuerza en la interpretación constitucional en general y respecto de la normativa sobre los llamados servicios universales en especial, en la medida que estos se constituyen en una técnica que permiten construir una respuesta global a uno de los perfiles más acuciantes con que nuestro mundo, muestra hoy su divorcio con la garantía de los derechos humanos fundamentales.

<sup>3</sup> Citado por Carmen Monte Gómez y Sergio Salinas Alcega “Los derechos económicos y sociales en la Jurisprudencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos. Opiniones expresadas que no representan la posición oficial del TEDH o su Secretaría”, en *Derechos económicos y sociales* Antonio EmbidErujo, Director, IUSTEL Portal Derecho Editor.

<sup>4</sup> Dudre, F. *La protection des droitssociauxpar la Coureuropeenne des Croits d l' Homme* pag.758

<sup>5</sup> Bidart Campos. G.J “las Fuentes del Derecho Constitucional y el Principio *pro homine*, en Bidart Campos, G.J y Gil Dominguez, A (coords.), *El Derecho constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y Perspectivas*. Ediar Buenos Aires, 2000 p.16.

<sup>2</sup> Sáenz Royo Eva, “Derechos de protección social y estado autonómico: los márgenes constitucionales de actuación del estado y de las CCAR” en *Derechos económicos y sociales* Antonio EmbidErujo, Director, IUSTEL Portal Derecho Editor.



De este modo surge la mecánica propia de tratamiento de respuesta concreta global frente a este tipo de derechos humanos que requieren, no una actividad prescindente o neutral sino de una actividad positiva, de parte de los estados, que vienen de manera imprescindible acompañados de instrumentos de organización y de procedimiento para hacerlos verdaderamente vigentes.<sup>6</sup>

Existe un nuevo fenómeno global, el que no podría presentarse si no estuviera de mostrado que el ordenamiento piramidal que sirvió de imagen básica tiende a la constitución de una red compleja de instituciones y actores sociales en conflicto, con una lógica propia difícilmente reductible a la dinámica y la estática de la teoría tradicional del Derecho y del Estado., tal como se ha señalado<sup>7</sup> y teniendo en cuenta, tal como lo señala Haberle citando a Hesse “que los principios constitucionales y las normas legislativas interactúan de múltiples maneras en el ámbito de los derechos fundamentales, de modo que se produce no solo la interpretación de las leyes conforme la constitución, sino también la constitución conforme a las leyes”.<sup>8</sup>

### III. REFLEJO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La C.S.J.N aplica principios y convenios de derechos humanos para reconocer derechos fundamentales a la protección básica a la estructura del derecho, en causas donde se pone en juego el derecho de acceso a prestaciones de la seguridad social, reflejando la conducta global señalada, en base a los compromisos convencionales ratificados, y reflejados en el art. 75 inc. 22 de la C.N.

<sup>6</sup> Hesse, c. *Significado de los Derechos Fundamentales*, en Benda, Maihofer., Vogel, Hesse, y Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, 2° ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, capítulo III, p.102

<sup>7</sup> Zuleta P. E, *Teoría del Derecho, enfoques y aproximaciones*. LexisNexis, Bs. As., 2005.

<sup>8</sup> Obra citada, sobre su cita pag. 236.

### 3.1 L.R.M. Y OTROS C/POLICÍA FEDERAL ARGENTINA S/ PERSONAL MILITAR Y CIVIL DE LAS FFAA Y DE SEGURIDAD, EXPTE. CAF 269/1989

Tal es el caso de una pensión por fallecimiento que, en la ausencia del ingreso como medio de sustento, se priorizaron los fines tuitivos de la norma, ante la previsión rígida que regula las condiciones de acceso.

Ha dicho el supremo tribunal, que “Una interpretación situada, coherente y que no pierda de vista los objetivos centrales de los mandatos constitucionales, exige asumir con convicción, pero sin fanatismo, la presunción de no contradicción del ordenamiento jurídico en general”, y...que “En el contexto de la previsión social las normas deben ser tratadas otorgando prevalencia a los fines tuitivos que procuran y requieren de la máxima prudencia, toda vez que la inteligencia que se les asigna puede llevar a la pérdida de un derecho o su retaceo conforme se ha dicho en Fallos: 330:2093). Asimismo, que..., “Una lectura que compatibilice dichos extremos con el articulado<sup>9</sup> con la finalidad asistencial y protectoria que las inspira, lleva a prescindir del tiempo mínimo de servicio previsto a fin de reconocer a los deudos de un agente cesanteado, el derecho a gozar de la pensión global mínima a la que se refiere el art. 113 de la ley 21.965. De lo contrario, bajo una mirada formalista se convalidaría una desprotección de derechos de carácter alimentario provenientes de un sistema destinado a asegurar a los individuos contra contingencias sociales vinculadas a la vejez, invalidez y fallecimiento, desatendiendo las normas constitucionales que garantizan el derecho de acceso a los beneficios previsionales.<sup>10</sup>

La mayoría, se fundó en el dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal, que recabó que la viuda, por derecho propio y en representación de sus hijos -en ese entonces, menores de edad- promovió demanda contra el Estado Nacional (Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina) a fin de obtener que se declarara la nulidad del acto administrativo que dispuso la sanción

<sup>9</sup> los arts. 7° y 113 de la ley 21.965, de acceso al pronal de la Policía Federal.

<sup>10</sup> (arg. doct. Fallos: 340:840, disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti).



de cesantía de su extinto cónyuge que revistaba como sargento de la fuerza policial; se dispusiera el pago de los salarios caldos hasta su fallecimiento; se declarara su carácter de pensionista junto con sus hijos menores y, consecuentemente, se reconociera su derecho al cobro de los haberes de pensión correspondientes, con todos los beneficios derivados de la obra social.

Contestó demanda el Estado Nacional (Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina) y asimismo, compareció la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal, citada al proceso en calidad de litis-consorte pasivo necesario en los términos del art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala V), confirmó la sentencia de la instancia anterior, que rechazó la demanda.

Para decidir de esa manera, el juez tratante recordó que en el marco del sumario sustanciado iniciado con motivo de actuaciones judiciales por hurto de automotor y violación de los deberes de funcionario público, se había resuelto dejar cesante al sargento "por haber violado deberes esenciales a su condición de policía, al haber recibido un rodado que tenía pedido de secuestro, sin las chapas patentes colocadas, ni documentación respectiva", resultando afectado a actuaciones judiciales. Seguidamente, destacó que el principio de que eran independientes el sumario administrativo y la causa penal tenía recepción normativa, por lo que resultaba acertado el criterio del juez de primera instancia al sostener que lo resuelto en sede penal era irrelevante a los fines del ejercicio de la potestad disciplinaria. Por ello, se consideró que el sobreseimiento dictado por el juez penal lo que implicaba que no se afirmó que no hubiera existido delito, sino que sólo no podía determinarse su autoría, lo que no impedía que se investigaran otros hechos a los fines de determinar si había existido una falta administrativa, lo que sí consideró que no era necesario que se determinara la participación como autor de un ilícito penal, ya que los hechos comprobados eran suficientes para acreditar la infracción a diversos deberes impuestos a los agentes policiales, lo que motivó la sanción disciplinaria que ya había sido juzgada, y por tanto no revisable.

Así, respecto del derecho a la pensión, consideró que había sido correctamente desestimado por la jueza de primera instancia en tanto el agente había perdido el estado policial y su derecho al haber de pasividad estaba condicionado a la acreditación de 17 años simples de servicios, que no habían sido alcanzados. En cuanto a la obra social, señaló que la reglamentación establecía el cese de la afiliación por renuncia, baja, cesantía o exoneración, y que el reingreso como afiliado obligatorio estaba supeditado a la reincorporación del agente.

La conclusión del juez de primera instancia en cuanto a la improcedencia de conceder el beneficio de pensión a la actora, había sido bien denegado.

La parte actora interpuso el recurso el que fue denegado, toda vez que, a juicio del a quo, lo decidido no se vinculaba con la interpretación de normas federales, sino que se sustentaba en cuestiones de hecho y prueba, materias propias de los jueces de la causa y ajenas, como principio, a la vía prevista por el art. 14 de la ley 48, a lo que se sumaba que la causal de arbitrariedad invocada no era, como regla,



susceptible de ser considerada por ese tribunal.

Sus agravios pueden resumirse en: a) el no reconocimiento de la pensión; b) la desestimación del pago de haberes caldos durante el servicio pasivo del sargento y c) el rechazo del pedido de revocación de la sanción de cesantía de dicho agente.

Con relación al primero de ellos, aduce que la denegación del beneficio de pensión, con fundamento en que el causante no alcanzó la antigüedad mínima de 17 años al tiempo del cese, omite considerar lo dispuesto en la última parte del art. 7º de la ley 21.965, de modo que deja al cesanteado y a sus familiares en peor situación que la del exonerado respecto del beneficio de pensión que establece la ley. A su criterio, dicha interpretación se robustece en virtud de la previsión del art. 113 de la misma ley, que fija una pensión global mínima sin distinguir en cuanto a antigüedad ni a la situación del personal de la fuerza; agrega que el art. 108 de ese texto legal menciona los casos de pérdida del derecho a pensión sin incluir la cesantía o exoneración como causales ni a los deudos del agente segregado, mientras que el art. 102 detalla los deudos con derecho a pensión y no hace distingo alguno respecto de los del personal cesanteado o exonerado.

Respecto del segundo agravio, tilda de irrazonable la interpretación del a quo en tanto la norma no distingue la sede donde debe recaer la absolución o el sobreseimiento del agente para integrar los haberes caídos en situación pasiva, y afirma que la postura de la cámara se contradice con el principio según el cual tienen distinto alcance el proceso penal y las actuaciones administrativas.

Finalmente, acerca del tercer cuestionamiento a la sentencia recurrida, alega que en ella se omitió realizar un examen razonado de las constancias de la causa.

Al ser el recurso extraordinario formalmente admisible, cabe recordar que, en la tarea de establecer la inteligencia de normas de la índole mencionada, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos de las partes, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue. Si bien es cierto que, la actora no fundó su pretensión alegando su derecho sin embargo, se entendió que ello no puede resultar un obstáculo para juzgar su procedencia pues, según doctrina del Tribunal, la fundamentación en derecho o la calificación jurídica efectuada por los litigantes no resulta vinculante para el juez a quien, en todos los casos, le corresponde “decir el derecho” (*iuris dictio o jurisdicción*) de conformidad con la atribución *iura curia novit*, principio que faculta al juzgador a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos que invoquen las partes, siendo función de los jueces la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se les presentan, conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del caso.

Y como se ha sostenido que las cuestiones sus-

citadas en el ámbito de la previsión social deben ser tratadas otorgando prevalencia a los fines tuitivos de las normas de la materia, y que las leyes de previsión social requieren una máxima prudencia, ya que la inteligencia que se le asigna puede llevar a la pérdida de un derecho o su retaceo (Fallos 330:2093 y sus citas) en la línea de dichos precedentes, la intervención del máximo Tribunal.

y dada las analogías con dichos precedentes se entendió que corresponde reconocer a la parte actora el derecho a gozar de la pensión global mínima a la que se refiere el art. 113, inc. b), de la ley 21.965.

Una síntesis de Derechos, que sin duda prioriza el carácter tuitivo, y de realización de los derechos económicos, políticos y sociales que los tratados internacionales ratificados garantizan.

### 3.2 GARCÍA, MARÍA ISABEL C/ AFIP S/ ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Por su parte en el fallo, que recayera en autos “García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, dónde la Cámara Federal de Paraná confirmó la sentencia del juez de primera instancia que hizo lugar a la demanda y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad del art. 79, inc. c), de la Ley de Impuesto a las Ganancias 20.628, y en mérito a ello, ordenó a la Administración Federal de Ingresos Públicos que procediera a reintegrar a la actora, desde el momento de la interposición de la demanda y hasta su efectivo pago, los montos que se le hubieren retenido por aplicación de la normativa descalificada. Disponiendo que cesara para el futuro la aplicación del tributo con relación a sus haberes previsionales.

En esa oportunidad, la cámara señaló “que resultaba contrario al principio constitucional de integralidad del haber previsional su reducción por vías impositivas y que, al abonar el impuesto a las ganancias durante la actividad laboral, existía una evidente doble imposición si se gravaba -con ese mismo tributo- el posterior haber previsional. Añadió que la naturaleza integral del beneficio fue reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”, sentencia del 28 de febrero de 2003, en la que se expuso que “los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales, y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social”... y afirmó “que la interpretación y aplicación de las leyes previsionales debe hacerse de forma tal que no conduzcan a negar los fines superiores que ellas persiguen, armonizándose con el conjunto del ordenamiento jurídico. En consecuencia, entendió que el art. 79, inc. c), de la ley 20.628 resultaba in-



constitucional pues afectaba los arts. 14 bis, 16, 17, 31, 75 inc. 22 y conc. de la Constitución Nacional, el art. 26 de la Convención Americana, XVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Finalmente, sostuvo que la jubilación no es una ganancia, sino un débito que tiene la sociedad con el jubilado que le permite gozar de un beneficio cuando la capacidad laboral disminuye o desaparece. A partir de ello concluyó que, al ser el haber previsional una suma de dinero que se ajusta al parámetro de integralidad, no puede ser pasible de ningún tipo de imposición tributaria.”

Tratado a su tiempo por el señero tribunal el Recurso Extraordinario interpuesto por la parte demandada, inicialmente dejó en claro que el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial le quepa pronunciarse. Solo los casos que trascienden ese ámbito de apreciación para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces (conf. causas “Bayer S.A.” -Fallos: 340:1480- y CSJ 114/2014 (50-H)/CS1 “Harriet y Donnelly S.A. c/ Chaco, Provincia del s/ acción declarativa de certeza”, fallada el 31 de octubre de 2017). Y el caso de los beneficiarios de prestaciones de la seguridad social, comprensivo de los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados de cualquier -5- especie siempre que su status se origine en el trabajo personal, el legislador ha asumido que se trata de un colectivo uniforme al que diferencia de otra categoría, la de trabajador activo, a la que aplica, a partir del dictado de la ley 27.346, una escala de deducciones más gravosa. Tal proceder conlleva un reconocimiento de la distinta naturaleza de la renta sujeta a tributo, esto es el salario y la prestación previsional, otorgando mayor tutela a esta última. Resulta dirimente definir en la causa los alcances de los principios de igualdad y de razonabilidad en materia tributaria, límites constitucionales a la potestad estatal 9”). Que esta Corte ha dicho que la garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias y que la reforma constitucional introducida en 1994 dio un nuevo impulso al desarrollo del principio de igualdad sustancial para el logro de una tutela efectiva de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad, estableciendo “medidas de acción positiva” -traducidas tanto en “discriminaciones inversas” cuanto en la asignación de “cuotas benignas”- en beneficio de ellas. Es que, como se ha dicho, “en determinadas circunstancias, que con suficiencia aprueben el test de razonabilidad, resulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras, si mediante esa “discriminación” se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitarios que recaen sobre aquellas (...) se denomina precisamente discriminación inversa porque tiende a superar la desigualdad discriminatoria del sector perjudicado...” (Bidart Campos, Germán, “Tratado elemental de discriminaciones inversas” y “cuotas benignas” en materias muy variadas, tales como la representación política de las mujeres (art. 37 y cláusula transitoria segunda), la identidad cultural y el arraigo territorial de las comunidades originarias (art. 75, -9- inc. 17) y, de modo especial, con los niños en situación de desamparo -desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental-, las madres durante

el embarazo y el tiempo de lactancia, los ancianos y las personas con discapacidad. Sobre ellos la Norma Fundamental argentina encomienda al Congreso de la Nación “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” (art. 75, inc. 23). Recordando además Que en los términos citados es deber de esta Corte, cabeza del Poder Judicial de la Nación, expedirse en el caso, recordando que mediante acordada 5/2009 este Tribunal ha adherido a las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia para Personas en Condición de Vulnerabilidad, documento en el que se considera tales a quienes, por diversas razones, “encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud -19- ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”, conforme la regla número 3, lo que abre el camino para la correcta invocación y el resultado deseado en el reconocimiento pleno de los derechos.

## IV. CONCLUSIÓN

Cabe concluir que todos los avances del constitucionalismo moderno en materia de derechos fundamentales, han consolidado un sistema eficaz y de expansión que ha sido facilitado por la implementación de acciones positivas de aseguramiento de la igualdad de oportunidades, progreso, y continuidad, que si bien chocan con la insuficiencia de recursos y las variables de deconstrucción del entramado solidario y la salud de los sistemas de seguridad social, logran perpetuarlo y sostener, no sin dificultades el tan ansiado Estado de Bienestar.

La discusión sobre los derechos subjetivos de las personas, tiene en su concepción moderna más influyente a Kant, quién bajo la influencia de Locke construyó el concepto moral de persona, distinguiéndolo del concepto meramente empírico, del lógico y del metafísico. Sin embargo, pareciera que el precepto del art. 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al plasmar que “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y las libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos” la idea de justicia global recae en los Tribunales como garantes de la aplicación de los instrumentos que los transformen en tangibles, veraces y efectivos. Situación de salud democrática donde la división de poderes represente en verdad, el equilibrio necesario para lograr la paz social.





Rosalía Pécora<sup>1</sup>

# UN SURCO MÁS EN LA FISURA DEL MODELO SINDICAL ARGENTINO

Comentario al fallo. CSJN, 04.03.2021. Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructuras APSAI c/ Autopistas del Sol S.A. s/ Acción de Amparo.



<sup>1</sup> Abogada en el estudio jurídico Sappia y Asoc. Especialista en Derecho Laboral (UIBP). Docente de la Cátedra de Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Facultad de Cs. Económicas, UNC. Autora y coautora de publicaciones de la materia. Docente de posgrado en cursos, diplomaturas y seminarios.



Llega a la CSJN la causa Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructuras APSAI c/ Autopistas del Sol S.A. s/ Acción de Amparo en la que se debate la constitucionalidad del art. 38 de la ley 23.551.

La demandada dedujo Recurso de Hecho en contra de las resoluciones de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que denegó el recurso extraordinario y en definitiva confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar al amparo deducido por el sindicato Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura (APSAI), declarando la inconstitucionalidad del artículo 38 de la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales, por ser contrario al artículo 14 bis de la Constitución Nacional y al Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En consecuencia, ordenó a Autopistas del Sol S.A. que, en forma inmediata, proceda a retener la cuota sindical por planilla salarial respecto de los afiliados de APSAI y cese en toda obstaculización al accionar gremial de la actora.

La Corte hizo suyos los argumentos del Procurador Fiscal Dr. Víctor Abramovich y por mayoría, hace lugar a la queja, declara procedente el recurso extraordinario pero confirma la sentencia apelada, con costas.

La Cámara compartió los argumentos del juez de primera instancia referidos a la supralegalidad del mencionado Convenio 87 de la OIT y al carácter vinculante de las opiniones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de dicha organización. En ese sentido, recordó que los órganos de control y aplicación de la OIT han efectuado reiteradas observaciones al artículo 38 de la ley 23.551 -que impone obligaciones en materia de retención de aportes sindicales-, señalando que establece privilegios discriminatorios en favor de las asociaciones con personería gremial.

Contra esa resolución, Autopistas del Sol S.A. interpuso recurso extraordinario federal (fs. 237/246), cuya denegatoria (fs. 253/254) dio origen a la queja.

De ese recurso nos interesa señalar el argumento invocado por la quejosa: para que la obligación de retener les resulte exigible debe mediar resolución del Ministerio de Trabajo disponiendo la retención, y comunicar al empleador la resolución de la autoridad de aplicación con una antelación no menor a diez días al pago.

El Procurador optó por concluir que el artículo 38 de la ley 23.551, al establecer que los empleadores están obligados a actuar como agente de retención de las cuotas sindicales únicamente respecto de trabajadores afiliados a sindicatos con personería gremial, vulnera la libertad sindical de las entidades simplemente inscriptas.

Indicó que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional establece que el trabajo, en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador la organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial (art.

14 bis, primer párrafo, en sentido concordante Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 16.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 22.1 y 22.3 y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art.8).

Por su parte, el Convenio 87 de la OIT, denominado "Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación" (aprobado por ley 14.932 y ratificado el 18 de enero de 1960), de jerarquía constitucional en virtud de su inclusión en el artículo 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce a los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organización (art. 2). Estipula que estas organizaciones tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, elegir libremente sus representantes, organizar su administración y actividades y formular su programa de acción, e impone a las autoridades públicas el deber de abstenerse de toda intervención que tienda a limitar estos derechos o a entorpecer su ejercicio legal (art. 3). Además, el artículo 8, inciso 2, sostiene que "La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio" y el artículo 11 dispone el deber de los Estados de "adoptar las medidas necesarias y apropiadas para preservar el ejercicio del derecho de sindicación".

Agregó que en materia de libertad sindical de las entidades simplemente inscriptas, la Corte Suprema fijó doctrina, entre otros, en los precedentes "Asociación Trabajadores del Estado cl Ministerio de Trabajo si Ley de Asociaciones Sindicales" (Fallos: 331:2499), "Rossi, Adriana María cl Estado Nacional Armada Argentina si Sumarísimo" (Fallos: 332:2715) y "Asociación de Trabajadores del Estado si acción de inconstitucionalidad" (Fallos: 336:672). Estos precedentes, aun cuando versaron sobre la validez de otras disposiciones de la ley 23.551 -las condiciones exigidas para ser designado delegado del personal (Fallos: 331:2499), la tutela sindical (Fallos: 332:2715) y la legitimación procesal de una asociación simplemente inscripta (Fallos: 336:672)- establecieron principios constitucionales que resultan aplicables al sub lite.

En el caso "ATE" (Fallos: 331:2499) la Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó que quienes están bajo la protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen no sólo el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho, lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo, sino que, además, gozan del derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad (considerando 6°), y señaló que "la afiliación libre y consciente no puede verse herida con supuestas



razones de interés sindical y bien común". Expresó también que la libertad sindical "tiene el propósito de que los sindicatos puedan realizar sus actividades sin obstáculos o limitaciones del Estado que reduzcan, injustificadamente, las funciones que les son propias, esto es, la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de los intereses legítimos de orden gremial" (considerando 7°). Al reproducir lo expuesto por el Comité de Libertad Sindical puntualizó: "de manera general, la posibilidad para un gobierno de conceder una ventaja a una organización determinada, o de retirársela para beneficiar a otra, entraña el riesgo, aunque no sea su intención, de acabar por favorecer o desfavorecer a un sindicato frente a otros, cometiendo un acto de discriminación. Es más, favoreciendo o desfavoreciendo a determinada organización frente a otras, los gobiernos pueden influir en la decisión de los trabajadores cuando elijan una organización para afiliarse, ya que es indudable que estos últimos se sentirán inclinados a afiliarse al sindicato más apto para servirlos, mientras que por motivos de orden profesional, confesional, político u otro, sus preferencias los hubieran llevado a afiliarse a otra organización" (considerando 8°, en sentido análogo "Rossi", considerando 5°, y dictamen de esta Procuración General de la Nación en CSJ, 5399/2014IRHI "Asoc. Pers. Municipal". Las Colonias c/Fed. Sind. Trab. Munic. FESTRAM y otros s/acción de amparo, del 4 de noviembre de 2016).

Con cita de ese órgano -el Comité de Libertad Sindical- sostuvo, asimismo, que si bien la le-

gislación nacional puede establecer una distinción entre las asociaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones, esa diferenciación no puede privar a las organizaciones sin personería gremial "de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros ni del derecho de organizar su gestión y su actividad". Y remarcó que "esa distinción no puede tener como consecuencia conceder a las asociaciones con mayor representatividad privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de delegados ante organismos internacionales" (Fallos: 331: 2499, considerando 8°, en igual sentido se pronunció al resolver in re "Nueva Organización de Trabajadores Estatales el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/amparo", N. 143. XLVIII. RHE, sentencia del 24 de noviembre de 2015).

A la luz de estos principios constitucionales, entendió que la exclusión de los sindicatos simplemente inscriptos del régimen de retención de cuotas sindicales previsto en el artículo 38 de la ley 23.551, configura una injerencia del Estado que reduce injustificadamente la capacidad de estas entidades de desarrollar funciones propias relativas a la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de intereses legítimos de orden gremial.

En efecto, los aportes de los afiliados a una organización sindical, que integran su patrimonio



(art. 37 de ley 23.551), “son un medio esencial para la defensa de sus intereses profesionales”, en tanto resulta la fuente de financiamiento que contribuye a sostener en el plano económico las actividades del sindicato.

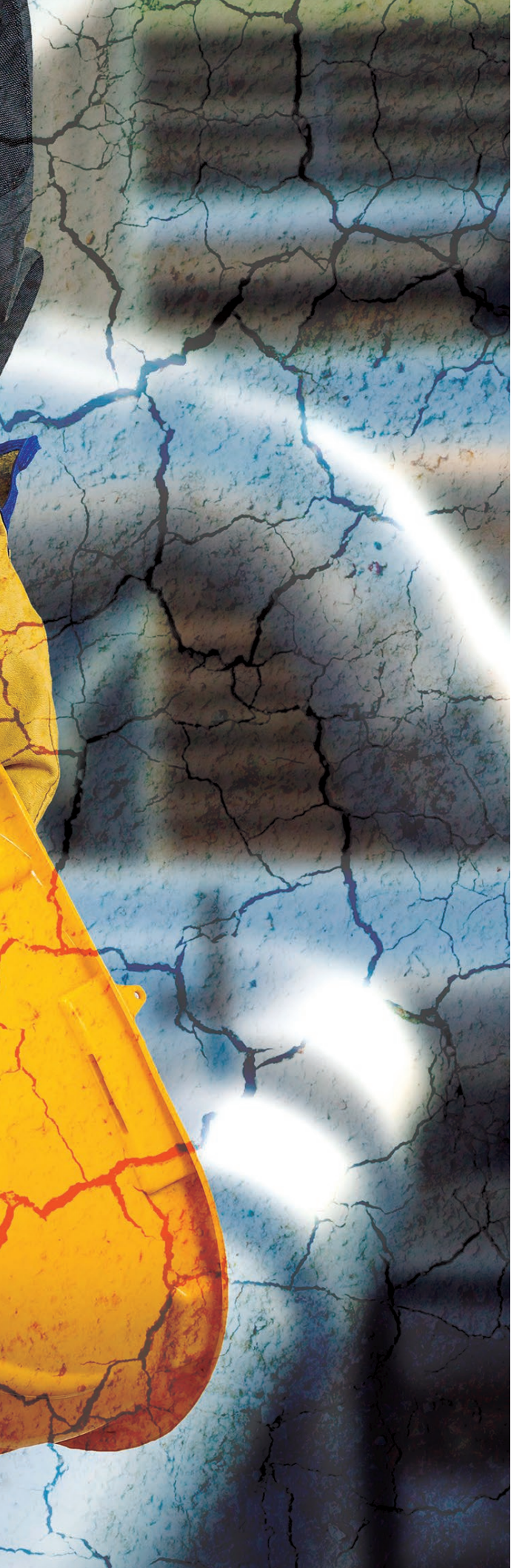
Indicó además que para los sindicatos de reciente fundación, las cuotas sociales aportadas por los afiliados, son casi siempre su fuente principal de ingresos. En este orden de ideas, la adecuada canalización de los aportes resulta determinante para que las organizaciones de trabajadores desplieguen regularmente su gestión y su actividad gremial, y por ello el derecho colectivo del trabajo instrumenta formas promocionales o preferenciales de recaudación, tendientes a asegurar su puntual y efectiva percepción, evitando que la concreción de los pagos quede librada exclusivamente a la iniciativa de los asociados. Al mismo tiempo, el ágil acceso a los recursos presupuestarios fortalece la autonomía del sindicato frente al Estado y al sector empresario. De allí que resulte inocuo proclamar la autonomía de las entidades gremiales para fijar su programa de acción y su estrategia con miras al cumplimiento de sus fines, si no se les asegura al mismo tiempo la disponibilidad de los medios económicos indispensables para su funcionamiento y su actividad externa.

Bajo este prisma, el régimen de retención de cuotas sindicales, tal como está regulado en el cuestionado artículo 38, menoscaba la libertad sindical de las entidades simplemente inscriptas pues al encontrarse con mayores obstáculos para el ingreso de las cuotas, ven limitadas su sostenibilidad y capacidad de acción y, con ello, sus posibilidades de representar a los trabajadores y de sumar nuevos afiliados que les permitan, eventualmente, disputar la personería gremial. Además, desde otra perspectiva, este régimen de retención de cuotas puede influir de forma indebida en la decisión de los trabajadores de afiliarse a una determinada asociación sindical, pues la facilidad que brinda el descuento automático de los aportes favorece la opción en favor de aquellas asociaciones que cuentan con esa prerrogativa, más allá de su ideario político y gremial.

Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (CEACR) -cuyos criterios han sido tenidos en cuenta por el máximo tribunal federal para interpretar el alcance de los convenios vigentes en nuestro país- (Fallos: 331:2499, considerando 8°; Fallos: 332:2715, considerando 6°; Fallos: 336:672, considerando 4°) se ha pronunciado ya sobre la materia puesta en tela de juicio en las presentes actuaciones. En particular, manifestó que el artículo 38 de la ley 23.551, que sólo permite a las asociaciones con personería gremial la retención en nómina de las cuotas sindicales, otorga un privilegio que perjudica y discrimina indebidamente a las organizaciones simplemente inscriptas (observación adoptada en 2010, Publicación: IOO” reunión CIT (2011); observación adoptada en 2011, Publicación: IOI” reunión CIT (2012); observación adoptada en 2012, Publicación: IOJ” reunión CIT (2013), entre otras, en sentido similar CLS, Caso 2878 (El Salvador),







Informe definitivo 365, 2012, Caso 3095 (Túnez), Informe provisional 378, Junio 2016).

Por último, estimó que la extensión de los supuestos de retención de la cuota sindical que se deriva de la postura que propicia, no afecta a los empleadores ni les impone una carga excesiva, pues el procedimiento para implementarla respecto de los trabajadores afiliados a los sindicatos simplemente inscriptos es el mismo que utilizan para los trabajadores afiliados al sindicato con personería gremial.

Este pronunciamiento de nuestro Tribunal Címero resulta la crónica de un final anunciado, pero tiene para el mundo del trabajo numerosas aristas prácticas que pretendo plantear en este breve comentario.

Tal como lo dice Juan Pablo Mugnolo, se detecta una particular focalización sobre un tema paradigmático del sistema de relaciones colectivas del trabajo en la Argentina: los medios de financiación con que cuentan los sindicatos, siendo ellos habilitados desde el Estado y contenidos en la normativa legal<sup>2</sup>.

Tal como ha sucedido con el resto de los pronunciamientos de la CSJN, el Poder Legislativo viene sistemáticamente desoyendo estos pronunciamientos manteniendo inerte el mecanismo de reforma de la legislación palmariamente inconstitucional.

Y sindicatos, trabajadores y empleadores se encuentran con el doble marco evidentemente contradictorio que imponen la ley y la jurisprudencia.

Cabe destacar un intento de armonizar la legislación efectuado por el dec. 758/01 (Publicado en el Boletín Oficial del 13-jun-2001) -derogado en poco más de un mes-.

En sus considerandos exponía que entre las observaciones realizadas por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT se encuentra la relativa a lo que considera prerrogativas que derivan de la personería gremial entre las cuales se cuentan las relativas a la facultad de imponer cotización, poniendo a los empleadores en calidad de agentes de retención y en consecuencia de obligados directos de dicho pago. Entonces en un esfuerzo por adecuar progresivamente nuestra legislación en la materia a las pautas establecidas por la OIT, había establecido un sistema de descuento automático de la cuota sindical de las entidades simplemente inscriptas, a través de la cuenta salarial del trabajador, previa nota efectuada por el trabajador autorizando dicho descuento (art. 22, DR 467/88).

Pero dicho decreto, como dijimos, tuvo poca vida, ya que sorpresivamente otro decreto (922/01 de julio de ese mismo año) lo derogó retornando a la anterior redacción del art. 38 y su decreto reglamentario (art. 24, DR 467/88).

2 MUGNOLO, Juan Pablo, "La invariable direccionalidad deconstructiva sobre el modelo sindical y la obligada revisión sistémica de las relaciones colectivas de trabajo en clave de libertad sindical" <https://unwww.aadyss.org.ar/files/documentos/1798/Juan%20Pablo%20Mugnolo.pdf>, publicado en el Diario La ley del 19.04.2021.



El cuestionado art. 38 establece que los empleadores estarán obligados a actuar como "agente de retención" de los importes que, en concepto de cuotas afiliación u otros aportes deban tributar los trabajadores a las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial.

Continúa diciendo que para que la obligación indicada sea exigible, deberá mediar una resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, disponiendo la retención. Esta resolución se adoptará a solicitud de la asociación sindical interesada. El ministerio citado deberá pronunciarse dentro de los treinta (30) días de recibida la misma. Si así no lo hiciere, se tendrá por tácitamente dispuesta la retención.

Y el art. 24 reglamentario de dicha norma, establece que para que la obligación de retener sea exigible la asociación sindical debe comunicar la resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que la dispone, con una antelación no menor a diez (10) días al primer pago al que resulte aplicable. La comunicación deberá ser acompañada de una copia autenticada de la referida resolución.

Es decir que, son necesarias acciones formales previas a la constitución del empleador como agente de retención de la cuota sindical y obligado directo al pago.

Y en ese firme propósito, tanto el sindicato como el empleador se enfrentan a la inacción sistemática -y por qué no deliberada- de la autoridad de aplicación que omite expedirse y/o dictar la resolución que autoriza la retención. Entonces, el Estado es el primer infractor, puesto que es la Autoridad de Aplicación la que debe expedirse a fin de llevar seguridad y certeza a los involucrados.

Los aportes que el sindicato impone a sus integrantes, nacen de la afiliación misma y tienen por base lo dispuesto en el art. 37, LAS. Estos aportes que pueden ser ordinarios o extraordinarios y emergen de las decisiones de las asambleas o congresos de conformidad con lo previsto por el art. 20 inc. e) del mismo cuerpo legal. Es decir que estos aportes contienen un mecanismo de doble aceptación: en primer lugar, el trabajador ha decidido voluntariamente integrar la entidad y en segundo lugar, tiene la posibilidad de asistir e intervenir activamente en la asamblea o congreso, órgano deliberativo por excelencia, que fija el monto de las cotizaciones a sus afiliados.

A ello se suman otras obligaciones referidas a estos aportes: la obligación de requerirle al trabajador que informe si se encuentra afiliado o no a la entidad sindical representativa del sector y la obligación mensual de remitir la nómina de afiliados al gremio (art. 6 de la ley 24.642). Además requiere la existencia de una resolución expresa -o tácita- de la Autoridad de Aplicación que autorice las retenciones pertinentes.

Cuando se pretende poner en marcha el mecanismo de retención de la cuota sindical al empleador, en primer lugar, el reclamo debería dirigirse al Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social de la



Nación para que tome razón de la misma y autorice la retención por parte del empleador, tal como lo dispone el art. 24 del decreto reglamentario del art. 38, de la ley 23.551. En aquellos casos que así se planteó, la autoridad de aplicación debió dar marcha atrás en su posición negativa o inactiva y cumplir con la manda constitucional (Sala VII, Expte. N° 7.531/2017 Sent. Int. N° 41929 del 27/09/2017 "Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Construcción y Afines c/Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social s/Ley de Asociaciones Sindicales").

Por ello es fundamental que la autoridad de aplicación se expida para que el empleador pueda cumplir con su obligación legal.

Pero además, en numerosos supuestos, las entidades sindicales intiman al empleador a efectuar la retención de la cuota sindical y no existe per se un incumplimiento patronal sino que surgen conflictos de encuadramiento sindical o incluso, conflictos de encuadramiento convencional y resulta necesario acudir al trámite del decreto 1040/2001.

Es decir que los empleadores intimados al pago de los aportes sindicales como agentes de retención de la cuota sindical que vislumbren un conflicto de encuadramiento sindical, pueden acudir a este remedio legal.

El art. 3° de ese decreto dispone que los empleadores podrán promover el procedimiento de encuadramiento sindical, ante la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 23.551, para que determine la asociación con aptitud representativa, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se produzcan en la empresa conflictos de representación sindical múltiple.



- b) Cuando los conflictos de representación sindical pudieran causar en la empresa una alteración de los regímenes salariales o de retenciones de aportes.
- c) Cuando acrediten que, a través del procedimiento de encuadramiento sindical, pueden corregirse eventuales asimetrías laborales de orden convencional.

El artículo 59 de la Ley Nº 23.551 establece, que, previo a someter el diferendo a la intervención de la Autoridad de Aplicación, las asociaciones interesadas deberán agotar la vía asociacional.

Si bien no es dable que los empleadores intervengan en conflictos de carácter intersindical, atento que sus consecuencias pueden afectar garantías constitucionales a través de sus efectos mediatos e inmediatos, la norma dispone que todos los sectores involucrados sean escuchados.

Existe un interés claro, concreto y legítimo de la empresa a ser oída, argumentar y a formular peticiones en una cuestión de modificación de encuadramiento sindical o convencional, por lo que corresponde reconocer el interés de los empleadores para promover las cuestiones de encuadramiento sindical.

Por último, más allá de las luces que divisa este fallo, todavía los actores sindicales se enfrentan a varios obstáculos.

El primero de ellos resulta de la ejecución de los aportes y contribuciones impagos.

Recordemos que la CSJN, en la sentencia **Unión Personal de Fábricas de pintura y Afines de la R.A. el Colorín Industria de Materiales Sintéticos S.A. si ejecución fiscal** (27.9.18) ha concluido que la vía ejecutiva de la ley 24.642 resulta solo aplicable a los aportes sindicales.

Estas cuotas sindicales tienen como causa fuente, la afiliación del trabajador que voluntariamente ha decidido formar parte de la entidad sindical y tiene la potestad de asistir a la asamblea o congreso que las fija o modifica.

Distinto es el caso de las cuotas de solidaridad o las contribuciones patronales a las que este fallo las excluyó de la vía ejecutiva.

Debemos decir que más allá de todo debate teórico, esto dificulta la gestión sindical y obstaculiza notablemente la centralización de la recaudación. Impone a los gremios una doble vía de ejecución, sumamente engorrosa y burocrática.

En segundo lugar, y en orden a la posibilidad de acordar cuotas de solidaridad o contribuciones patronales la asociación simplemente inscripta se encontrará con las limitaciones impuestas por el fallo Ademus (CSJN, 03.9.2020, ADEMUS y otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Salta - y otro s/ amparo sindical”).

Los aportes o cuotas de solidaridad, si bien están expresados en el art. 37, LAS. Tienen un tratamiento completamente distinto (art. 37, LAS y art. 9, 2º parr. Ley 14.250). Igualmente las contribuciones patronales a cargo del empleador.

Ambas se pactan en las convenciones colectivas con motivo de la celebración o renovación y en relación a los incrementos salariales que en ellas se acuerdan, quedan consolidadas con su homologación y publicación y son válidas y exigibles respecto de los trabajadores afiliados o no afiliados comprendidos en el ámbito de la convención de que se trata<sup>3</sup>.

3 STREGA, Enrique, “Ley comentada 23.551 de Asociaciones Sindicales”, Ed. La Ley, Bs. As., 2004, p. 223.



Si el Sindicato simplemente inscripto no será llamado a negociar colectivamente -aunque más no sea en un porcentaje menor de delegados paritarios teniendo en cuenta el número de afiliados cotizantes-, seguirá a la cola de las prerrogativas otorgadas a los sindicatos con personería gremial.

Por último, coincidimos con el Dr. Mugnolo<sup>4</sup> que el derecho a administrar las obras sociales (art. 31, inc. f) así como las exenciones del inc. e), tienen una trascendencia económica que atentaría una vez más contra la libertad sindical, tal como señala el Dr. Guisado, toda vez que desalienta la afiliación de trabajadores a asociaciones que carecen de la personería gremial si ésta no puede brindar de primera mano, un servicio tan sensible, como la salud.

---

4 MUGNOLO, Juan Pablo, op. cit., p. 2, citando a GUIADO, Héctor, en reunión académica "El sistema de representación sindical en la ley 23.551" Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 28/08/2013, p. 1. <http://unvv.derecho.uba.ar/institucional/el-sistema-de-representacion-sindical-en-la-ley-23551.pdf>





Federico Guillermo Provensale<sup>1</sup>

# Notas típicas del **ACCIDENTE DE TRABAJO** a la luz de la Doctrina y la Jurisprudencia



---

<sup>1</sup> Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales. Vocal de la Sala Tercera Laboral de la Cámara del Trabajo de la ciudad de Córdoba.



## I. INTRODUCCIÓN

A partir de la sanción de la ley 24.557 en el año 1995, se ubicó la regulación jurídica de los accidentes y enfermedades ocasionados por el factor laboral como un subsistema de la seguridad social denominado Riesgos del Trabajo, en nuestro caso integrando el Sistema Único de la Seguridad Social (S. U. S. S.), creado a través del art. 85 del decreto 2284/91. Cabe recordar que muy posteriormente, en el año 2011 la ley 26.678 aprobó el Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la “Norma Mínima de la Seguridad Social”, en el que se establece que en ese campo se incluyen tales eventos.

La doctrina previsionalista establece como objeto central de la seguridad social el amparo a la persona humana de las llamadas contingencias sociales, en el marco de su principio fundante, el de la solidaridad. En el terreno ontológico, “contingente” refiere en lo existencial a lo que puede ser o no ser, por oposición a lo “necesario”, es decir, lo que no puede no ser. En esta temática nos encontramos en el ámbito de lo fáctico, y más precisamente de hechos jurídicos, esto es, acontecimientos que, conforme al ordenamiento legal, producen el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas (art. 257 del Código Civil y Comercial). En este plano, las contingencias sociales son aquellos sucesos que pueden o no ocurrir, y que en el primer caso provocan una necesidad económica que se traduce en la disminución o pérdida de los ingresos habituales, o bien generan gastos adicionales o suplementarios<sup>2</sup>. El concepto de riesgo aparece en este marco como una especie dentro del género de las contingencias, que incluyen la maternidad y la familia numerosa. En la búsqueda de un ordenamiento clasificatorio, el maestro español Severino Aznar ubicaba los accidentes y enfermedades causados por el trabajo dentro de las contingencias de origen patológico; en cambio, Manuel Alonso Olea sostiene que pertenecen a las de causa biológica. Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo las ubica dentro de las de causa física<sup>3</sup>.

No por mero arbitrio, entonces, el legislador ha titulado el Capítulo III de la ley 24.557 como “Contingencias y situaciones cubiertas”, sino en virtud de esta perspectiva en la que se considera la materia en cuestión enteramente subsumida en el orden de la Seguridad Social<sup>4</sup>. En el art. 6 se prevén dos tipos generales de tales contingencias: los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. El propósito de este trabajo consiste en abordar lo concerniente a las notas típicas que integran conceptualmente a los primeros, a la luz de la normativa legal, la doctrina y la jurisprudencia.

## II. EL CONCEPTO LEGAL DE ACCIDENTE DE TRABAJO

Entre las acepciones pertinentes a nuestra temática que la Real Academia Española atribuye a la palabra “accidente”, podemos citar: “*Suceso eventual o acción de que involuntariamente resulta daño para las personas o las cosas*” e “*Indisposición o enfermedad que sobreviene repentinamente y priva de sentido, de movimiento o de ambas cosas*”.

En el plano de nuestra legislación, el primer apartado del art. 6 de la ley 24.557 establece que: “Se considera accidente de trabajo a todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo, o en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo, siempre y cuando el damnificado no hubiere interrumpido o alterado dicho trayecto por causas ajenas al trabajo”.

Comparando esta norma con sus antecesoras, cabe señalar que la ley 9688 (1915) no contenía la definición de accidente de trabajo como hecho súbito y violento, lo que recién ocurrió a partir de la ley 24.028, sancionada en 1991. El art. 1° de aquella en su primer párrafo indicaba desde el punto de vista causal como factores el hecho o la ocasión del trabajo o la fuerza mayor inherente a él.

En la ley 24.028, el art. 2 disponía que “Los empleadores serán responsables por las condiciones y con los límites establecidos en esta ley por los daños psicofísicos sufridos por sus trabajadores por el hecho o en ocasión del trabajo durante el tiempo en que estos estuvieron a disposición de aquéllos, y para la ejecución del objeto del contrato de trabajo”.

En este punto resulta interesante recordar lo que decía la nota del codificador Dalmacio Vélez Sarsfield al art. 495 del anterior Código Civil respecto de la inconveniencia de las definiciones en los textos legales. Citando a Freitas, Vélez señalaba que aquéllas “... son impropias de un código de leyes, y no porque haya peligro en hacerlo, pues mayor peligro hay en la ley que en la doctrina. En un trabajo legislativo sólo pueden admitirse aquellas definiciones que estrictamente contengan una regla de conducta, o por la inmediata aplicación de sus vocablos, o por la influencia en las disposiciones de una materia especial. La definición exacta de los términos de que se sirve el legislador para expresar su voluntad, no entra en sus atribuciones. La definición es del dominio del gramático y del literato, si la expresión corresponde al lenguaje ordinario, y es de la atribución del profesor cuando la expresión es técnica. En todo eso es extraña a la ley, a menos que sea legislativa, es decir que tenga por objeto restringir la significación del término de que se sirva, a las ideas que reúnan exactamente todas las condiciones establecidas en la ley ... La ley no tiene nada de común con un tratado científico de derecho”.

Por otro lado, debe tenerse presente que el Convenio N° 121 de la Organización Internacional del Trabajo (1964), no ratificado por nuestro país, establece en su art. 7 que “Todo Miembro deberá prescribir una definición del accidente del traba-

2 Hünicken, Javier, en “Manual de derecho de la seguridad social”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, pág. 20.

3 Hünicken, Javier, ob. cit., pág. 21.

4 En una postura contraria, Horacio Schick señala que ateniéndonos a la realidad y la normativa que regula la L. R. T., se trata, en verdad, de un sistema de responsabilidad individual del empleador con seguro obligatorio en compañías de seguro de objeto único: las A. R. T. (ver <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/12/14/ley-27-348-complementaria-de-la-ley-de-riesgos-del-trabajo-analisis-y-perspectivas-primer-parte/>).



jo, incluyendo las condiciones bajo las cuales un accidente sufrido en el trayecto al o del trabajo es considerado como un accidente del trabajo, y debe precisar los términos de dicha definición en las memorias sobre la aplicación de este Convenio que habrá de presentar en cumplimiento del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo”.

Tal norma convencional nos hace pensar que, más allá de la regla doctrinaria general expresada por Vélez Sarsfield, concebida tal vez bajo el raciocinio del Derecho Civil decimonónico, en nuestra materia –regida por principios específicos diferentes– resulta conveniente y necesario un concepto normativo de accidente de trabajo. Ahora bien: es claro que formular una definición implica de suyo fijar límites, lo que acarrea el consiguiente riesgo de establecer una previsión legal que no contemple en la medida de lo razonable una casuística abundante, como ha ocurrido en este caso.

Más allá del déficit de la noción contenida en el art. 6 de la L. R. T., según se analiza a continuación, no es aventurado sostener que, si se advierten ciertas características mezquinas que tuvo en su inicio el régimen legal –por ejemplo, el carácter cerrado que originariamente tuvo el Listado de Enfermedades Profesionales; la fuerte limitación respecto de la hipótesis de reclamo con fundamento en las normas civiles establecida en el art. 39, cuya procedencia sólo estaba prevista para el caso de dolo del empleador en términos del art. 1072 del anterior Código Civil–, el legislador que sancionó la ley 24.557 formuló esta definición de accidente de trabajo desde una concepción restrictiva en relación a las contingencias reparables, según se preveía como excepción a la regla doctrinaria en la parte final de la citada nota de Vélez Sarsfield al viejo art. 495.

### III. PERSPECTIVAS DESDE LA DOCTRINA

En relación a las dos contingencias protegidas en su momento por la ley 9688, decía Julio J. Martínez Vivot que para distinguir el accidente de trabajo de la enfermedad profesional, el elemento más usado “... es la referencia a una acción súbita o violenta que lo origina en el primero y la generación progresiva, producto del ejercicio habitual de una actividad determinada, que presenta la segunda, y que fue manifestada por la jurisprudencia francesa. ...”<sup>5</sup>. He remarcado la disyunción “o” a fin de que se advierta desde ya que al establecer la noción legal de accidente la conjunción “y”, se exige que el hecho causal contenga a la vez los dos caracteres –súbito y violento–, dotando así en este caso al concepto de una mayor comprensión de notas típicas, la que se traduce consecuentemente en una menor extensión en relación al universo de hechos encuadrables bajo tal categoría.

Cabe señalar que la distinción clásica entre accidente y enfermedad –reconocida por el mencionado Convenio 121 de la O. I. T. (art. 4) – no es pacífica en la doctrina. Así, por ejemplo, Miguel Ángel Maza, Gabriela S. Cruz Devoto y Juan Martín Segura sostienen una visión crítica al respecto. En el caso del accidente (grande o pequeño, súbito o de instalación progresiva, violento o silencioso, visible o invisible), consideran que es un hecho exteriormente nacido y que recae sobre la salud del trabajador con efectos físicos o químicos, que causa una enfermedad –esto es, una alteración más o menos grave de la salud–, y en un tercer momento, ocasiona la incapacidad, es decir, una limitación funcional de alguna de sus facultades psicofísicas. En esta perspectiva, “accidente”, “enfermedad” e “incapacidad” son tres etapas de un proceso, por lo que “... lejos de tratarse de

5 Martínez Vivot, Julio J., “Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social”, 2da. Edición corregida y actualizada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988, pág. 655.



dos contingencias, un concepto es causa del otro". Equiparar entonces a los dos primeros "... bajo la imprecisa noción de 'contingencias', resulta, cuanto menos, una imprecisión conceptual, cuando no un error", no atribuible a la ley 24.557, que no hizo más que repetir expresiones arraigadas en nuestra doctrina, legislación y jurisprudencia<sup>6</sup>. Habría que distinguir para los citados juristas el "accidente típico" y el "atípico" (en lugar de la enfermedad), consistiendo este último en micro-poli-accidentes o micro-poli-traumatismos, externos al trabajador, que de forma lenta pero repetida, tal vez invisible, van afectando su salud hasta enfermarlo e incapacitarlo. Por ejemplo: una gran explosión puede provocar en un dependiente una sordera, es decir anacusia: es un accidente de trabajo. En cambio, si el trabajador contrae la sordera por padecer diariamente durante varios años presiones sonoras fabriles, estaríamos ante una enfermedad, la hipoacusia perceptiva provocada por un agente de riesgo o nocivo. Por ello los autores citados concluyen afirmando que la diferencia de conceptos entre accidente y enfermedad es cuantitativa y no de esencia, debiendo siempre mediar un hecho nocivo: se tratará entonces de un accidente típico (visible, único, instantáneo) o de un micro-poli-accidente (sucesión de eventos pequeños, invisibles, silenciosos, etc.).<sup>7</sup>

Más allá de las posturas doctrinarias, cierto es que hay casos en los que la caracterización de una contingencia como accidente o enfermedad resulta opinable. Por ejemplo, las llamadas hernias de disco -incorporadas al Listado de Enfermedades Profesionales a partir del decreto 49/14- a veces son ocasionadas por un proceso conformado por sucesivos microtraumatismos, y otras por el llamado "tirón" (macrotraumático) que siente súbitamente el trabajador en su espalda al realizar un único y determinado esfuerzo.

En el caso del Mal de Chagas-Mazza -incorporada a dicho Listado por decreto 1167/03- en la mayoría de los casos es contraída en virtud del ataque de la vinchuca, hecho que constituye un hecho súbito, siendo discutible si se lo entiende como violento<sup>8</sup>; sin perjuicio de lo cual (no estamos ante un proceso evolutivo) la afección resultante ha sido encuadrada como enfermedad profesional, atendiendo a la patología que sobreviene a la acción de dicho insecto.

Por su parte, ya adentrándonos específicamente en la contingencia accidente de trabajo, apunta Mario E. Ackerman que, a partir de la definición establecida en el art. 6 de la ley 24.557, corresponde efectuar una distinción primaria: la que diferencia el accidente en circunstancia laboral del accidente de trayecto<sup>9</sup>. En el primero corresponde considerar comprendido el siniestro típico causado por el hecho del trabajo y el que sucede en ocasión del mismo, y en el segundo, los llamados accidentes *in itinere*.

6 Maza, Miguel Ángel, Cruz Devoto, Gabriela S. y Segura, Juan Martín, "Comentarios sobre el Régimen de Riesgos del Trabajo", Ed. Errepar, Buenos Aires, 2013, pág. 98.

7 Maza, Cruz Devoto y Segura, ob. cit., pág. 101.

8 Maza, Cruz Devoto y Segura, ob. cit., pág. 120.

9 Ackerman, Mario E., "Ley de Riesgos del Trabajo comentada y concordada", tercera edición ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, pág. 243.



Una definición clásica del accidente de trabajo típico es la enunciada por José Patricio Torre, quien sostiene que es "... un acontecimiento exterior a la persona del trabajador, de ordinario imprevisto y ocasional, que en forma inmediata o mediata produzca un daño a la integridad psicofísica del trabajador que le signifique una disminución en su capacidad de ganancia, que se opere por el hecho o en ocasión del trabajo o por caso fortuito o fuerza mayor inherente al mismo, y que no sea producto de la exposición intencional o gravemente culposa del damnificado ni de un tercero extraño a la explotación..."<sup>10</sup>.

De la doctrina puede extraerse una lista de notas que tipifican al accidente de trabajo, aunque no hay consenso absoluto al respecto. Así, se considera que esta contingencia debe ser:

1) **Externa:** el organismo del trabajador es agredido por una fuerza física externa o un hecho exterior a él, imprevisto y ocasional. A juicio de Mario E. Ackerman, la omisión de esta nota en el concepto de accidente laboral que formula la ley 24.557 podría justificar que se califique como tal al accidente cerebrovascular o al paro cardíaco, ocurrido en ocasión del trabajo o *in itinere*, aunque podría oponerse a tal tesis la eximente de responsabilidad de fuerza mayor extraña al trabajo (apartado tercero del art. 6 de la L. R. T.)<sup>11</sup>. Adhieren a este último criterio Néstor Corte y José Daniel Machado, para quienes en estos casos el trabajo es una condición irrelevante o indiferente asimilable a dicha eximente<sup>12</sup>. Más abajo volveré a hacer referencia a este tópico.

Señala Alejandro A. Basile que en el caso de la hernia inguinal por esfuerzo instantáneo, *la violencia puede provenir en forma inmediata de una causa interna*, con aumento brusco de la presión intra-abdominal ("hernia accidente")<sup>13</sup>. Pese a tal información que proviene de la ciencia médica, esta patología ha sido incluida en el Listado de Enfermedades Profesionales a partir del decreto 49/14.

2) **Violenta:** se trata de un acontecimiento exterior que obra con ímpetu y con fuerza y de una magnitud que es capaz de dañar (golpe, caída, corte, etc.). No obstante, se señala que la exigencia de este requisito excluiría el encuadre como accidente de trabajo en casos como por ejemplo la muerte por congelamiento en una cámara frigorífica o por asfixia con gas metano<sup>14</sup>.

3) **Instantánea:** es decir, de escasa duración en el tiempo. Tal nota típica distingue en principio a los accidentes de las enfermedades, que se contraen de manera progresiva. Para Maza, Cruz Devoto y Segura, sin embargo, resulta difícil atribuir este carácter a ciertos eventos, como por ejemplo una insolación o quemaduras por varias horas de trabajo bajo la radiación solar.

4) **Súbita:** debe tratarse de un hecho sorpresivo, imprevisible. En consonancia con la opinión de Martínez Vivot reseñada más arriba, Ackerman señala que la doble exigencia en nuestra ley del carácter súbito y violento del hecho "... podría provocar alguna vacilación frente a acontecimientos en lo que sólo se manifieste uno de tales requisitos o, incluso, como ocurriría con un escape de gas, que no concurra ninguno de ellos"<sup>15</sup>.

5) **Lesiva:** Tal cualidad, que resulta obvia -la provocación de un daño a la persona del trabajador- insólitamente no está mencionada en la definición legal del art. 6<sup>16</sup>.

En cuanto a la gravedad del daño, desde el punto de vista de la accidentología laboral, en el marco de la Medicina del Trabajo, se distingue entre el llamado "casi accidente" (aquel hecho en el que, por ejemplo, el trabajador cae pero no se lesiona); el "accidente sin baja" (el que produce en el dependiente lesiones que por su levedad o insignificancia no impiden la continuación inmediata de la tarea); y el "accidente de trabajo", que produce baja laboral por sufrir el operario lesiones de mayor entidad o significación, que interrumpen la continuación de la tarea durante el día o le impide trabajar en los días sucesivos<sup>17</sup>.

6) **Vinculada con el trabajo:** Conforme se ha visto, el art. 6 de la ley 24.557 establece que el accidente en circunstancias laborales puede tener su causalidad en el hecho del trabajo, o bien puede ocurrir en ocasión de este último. En el caso de los siniestros *in itinere*, esta nota típica igualmente existe en cuanto suceden mientras el trabajador se dirige al establecimiento o se marcha de él.

## IV. LA OCASIONALIDAD. FALLOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

En su texto original, la ley 9688 sólo hacía referencia a los accidentes "por el hecho" del trabajo, esto es, aquéllos que típicamente se producen por causa de la tarea misma. En virtud de una reforma legal se agregó el accidente "en ocasión del trabajo", en el que se requieren sólo circunstancias de tiempo y lugar, sin la concurrencia de un factor causal. Las posteriores leyes 24.028 y 24.557 mantuvieron la cobertura de estas contingencias.

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en distintos casos ha encuadrado bajo este subtipo de accidente de trabajo la calificación legal de algunos hechos, considerando que "*la ocasión es la condición que rodea el desarrollo de la prestación laboral y la constelación de circunstancias que resulten de ella, pero excluyendo los aspec-*

10 Maza, Cruz Devoto y Segura, ob. cit., pág. 108.

11 Ackerman, Mario E., ob. cit., pág. 244.

12 Corte y Machado, "Siniestralidad laboral", pág. 282, citado por Ackerman, Mario E., ob. cit., pág. 245.

13 "Tratado de Medicina Legal del Trabajo para médicos y abogados", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2009, pág. 87.

14 Maza, Cruz Devoto y Segura, ob. cit., pág. 115.

15 Ackerman, Mario E., ob. cit., pág. 243.

16 Ackerman, Mario E., ob. cit., pág. 243.

17 Basile, Alejandro Antonio, ob. cit., pág. 88.



tos inherentes de la ejecución de la prestación en sentido propio. Para Ermida Uriarte la ocasionalidad es un nexo de imputabilidad diferente y autónomo de la causalidad, en la que el trabajo es un factor de simple condición. Este modo de entender explica mejor los casos de accidente in itinere. "... el vínculo contractual hace su aporte al colocar al trabajador en el espacio y el momento del siniestro como consecuencia de su compromiso de prestar servicios".

Así, aun cuando el hecho ocurrió fuera de la jornada y del espacio físico laboral, el Alto Cuerpo entendió que fue un accidente en ocasión del trabajo el infarto sufrido por un trabajador que residía en Córdoba, en momentos en que practicaba *footing* junto a sus compañeros en cercanía del establecimiento empresarial (planta petrolera) en la Provincia de Tierra del Fuego, en la que se encontraba con disponibilidad *full time* por un lapso de veintidós días ("Latzke Vda. de Nelly, Mario Giovo y otros c/ Boston Compañía Argentina de Seguros – Ley 24.557, Sent. N° 176 del 19/12/13). El mismo criterio sustentó en autos "Amaya Myriam Ramona y otro c/ Prevención ART SA - Ordinario - Accidente (Ley de Riesgos) - Recurso de casación" (Sent. N° 4 del 11/03/14), un caso en el que el trabajador murió ahogado al arrojarse al dique Cabra Corral (provincia de Salta) para refrescarse mientras esperaba con otros compañeros poder hacer entrega de una antena. En ese caso el T. S. J. recordó que la negligencia o la imprudencia no constituyen eximentes de responsabilidad, sino solamente el dolo, a *contrario sensu* de lo previsto por el art. 6 apartado tercero inc. a) de la L. R. T.

Lo mismo consideró el Tribunal Címero provincial en un acontecimiento sucedido cuando se acababa de comunicar el despido a través de un escribano público, respecto de la caída del trabajador al regreso del baño, ubicado en el entrepiso, previa autorización solicitada al jefe de personal de la firma, sosteniendo que el vínculo laboral hizo su aporte al colocar al subordinado en el espacio y el momento del siniestro ("Torres, Daniel Alberto c/ Freiberg S. A. C. I. y otro – Ordinario-Despido- Accidente", Sent. N° 195 del 22/12/17).

En la Sent. N° 126 de fecha 08/10/19, dictada por el T. S. J. en autos "Ágrello María Antonia y otros c/ Cargas S.R.L. y otros - Ordinario - Enfermedad accidente con fundamento en el Derecho Común" Recurso de Casación 3153892, el Tribunal Superior calificó como accidente en ocasión del trabajo la descompostura cardíaca sufrida por el chofer de un camión que estaba siendo cargado con cal en la localidad de Los Berros, quien falleció en un hospital de la ciudad de San Juan.

En esta línea, Carlos A. Toselli y Mauricio A. Marioncini señalan que "El tema de "ocasión del desempeño de sus tareas" incluiría, en líneas generales cualquier hecho que haya acontecido al trabajador y de esa manera quedarían comprendidos como contingencia por ejemplo el infarto de una persona en el lugar de trabajo o mientras estaba realizando tareas encomendadas por la patronal, por más que dicha persona padeciera de antecedentes cardíacos de origen, en la medida que el siniestro haya acontecido mientras estaba desarrollando su jornada laboral. ..."<sup>18</sup>.

Sin embargo, en el caso "Águdo José Enrique c/ Asociat A. R. T.". (Sent. N° 173 del 11/12/13) el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba fundó su calificación médico-legal laboral en la consideración de la existencia de factores causales externos ocasionantes del accidente cerebrovascular sufrido por el actor -conductor guarda de transporte urbano de pasajeros-, según las circunstancias acreditadas: agresiones y descontento de los pasajeros en una hora pico (13,25 horas), stress, falta de ergonomía del asiento, altos niveles sonoros y la exigencia de una atención constante.

De los fallos referidos puede entenderse que el Tribunal Superior de nuestra Provincia hace una amplia interpretación de la noción de ocasionalidad –acorde al principio o tendencia de universalidad objetiva de cobertura de contingencias del Derecho de la Seguridad Social-, en la que trasciende las coordenadas de tiempo y lugar en las que se ha concebido tradicionalmente a aquélla, concediendo un valor determinante a la incidencia del factor laboral, esto es, del vínculo de empleo, es decir, si derivó de los acontecimientos relacionados con la ejecución de sus labores cotidianas.

En la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, se ha desestimado la eximente de fuerza mayor extraña (se consideró más bien inherente) al trabajo en casos como el de un robo en el establecimiento en el que el trabajador laboraba y pernoctaba sin prestar tareas como sereno (Sala VIII, en "Sanabria Talavera de Pérez, Estanislada y otros c/ CNA Omega ART y otro s/ indemnización por fallecimiento", Sent. del 08/02/06; y Sala IV en el conocido caso "Lucca de Hoz, Mirta c/ Taddei, Eduardo y otro s/ accidente" (Sent. del 20/09/06), en el que el trabajador fue asesinado por delincuentes cuando se encontraba pernoctando en su lugar de labor, el Hipódromo Argentino de Buenos Aires.

Finalmente, cabe destacar que en el presente subtipo de accidente de trabajo se presupone que el siniestro debe ocurrir en tanto el operario se encontrara en las respectivas circunstancias de tiempo y lugar, a partir de su acatamiento a órdenes del principal, y no por su voluntad desligada de aquéllas. En autos "Honos, Elvira de las M. y otro c/ Casanova Ana Adelina y otro - Ley 24557" (voto del Dr. Henry F. Mischis), la Sala Cuarta de la Cámara de Trabajo de esta ciudad se pronunció en contra de la pretensión de los derechohabientes del trabajador, quien fue encontrado muerto por un disparo de arma de fuego fuera del ámbito de su trabajo (una estación de servicio), considerando el Juzgador que la presunción de encuadramiento en la hipótesis de ocasión de trabajo cede en tanto el operario se encontraba en ese lugar extraño al establecimiento por su propia voluntad, durante la jornada de trabajo, y sin que mediara mandato alguno de parte del empleador (Sent. N° 25 del 15/03/07).

18 "Régimen Integral de Reparación de los Infortunios del Trabajo", Ed. Alveroni, Córdoba, 2013, pág. 283.



## V. EL ACCIDENTE *IN ITINERE*

Se trata de un subtipo cuyo origen radica en una creación jurisprudencial<sup>19</sup>, cristalizada a través de la ley 15.448 (1960), modificatoria de la 9688, y cuya tradición continuó a través de la ley 24.028 (art. 3) y se mantuvo en la actual 24.557, cuyo art. 6 establece que se trata del siniestro ocurrido "... en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo, siempre y cuando el damnificado no hubiere interrumpido o alterado dicho trayecto por causas ajenas al trabajo. El trabajador podrá declarar por escrito ante el empleador, y éste dentro de las setenta y dos (72) horas ante el asegurador, que el *itinere* se modifica por razones de estudio, concurrencia a otro empleo o atención de familiar directo enfermo y no conviviente, debiendo presentar el pertinente certificado a requerimiento del empleador dentro de los tres (3) días hábiles de requerido". Se ha convenido pacíficamente que no es relevante que sólo se haga referencia al trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo sin indicar en forma expresa que es en el doble sentido, según disponía en forma expresa el art. 3 de la ley 24.028.

En el plano doctrinario, se señala que el fundamento del accidente de trabajo *in itinere* se ha inspirado en una protección de la seguridad social, a través de la cual, pese a no encontrarse a disposición del empleador —por ello el art. 1° inc. d) segundo párrafo del decreto 16.115/33 establece que el tiempo del trayecto no forma parte de la jornada laboral— se extiende la tutela dirigida al dependiente más allá del trabajo y del horario en los que la patronal y/o la entidad gestora no tienen alcance para las medidas de seguridad. Se le considera accidente de trabajo (llamado "impropio" por el jurista español Antonio Martín Valverde) porque el mismo no hubiera ocurrido de no haber ido el operario a prestar servicios.

Dispone el art. 7 del mencionado Convenio N° 121 de la O. I. T. en su primer apartado que todo Miembro deberá determinar en su legislación las condiciones bajo las cuales un accidente sufrido en el trayecto al o del trabajo es considerado como un accidente del trabajo, y debe precisar los términos

de dicha definición en las memorias sobre la aplicación de este Convenio que habrá de presentar en cumplimiento del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. Agrega que no será necesario incluir en la definición de accidentes del trabajo las condiciones bajo las cuales debe considerarse como tal un accidente sufrido en el trayecto si, independientemente de los sistemas de seguridad social que cubren los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, hay otros sistemas distintos que cubren tales accidentes sufridos en el trayecto, y que conceden prestaciones que en su conjunto son por lo menos equivalentes a las que establece ese Convenio.

Señala Mario E. Ackerman que la definición legal del accidente *in itinere* de la ley 24.557 adolece de la determinación de los límites topográficos del trayecto. En el marco del Derecho Español, la figura —también de origen jurisprudencial— puede tener lugar teniendo cualquier punto de partida desde que razonablemente se emprendiera la ida o se iniciara el regreso (Manuel Alonso Olea y José L. Tortuero Plaza).

En el marco de tal omisión legal, en nuestro país la doctrina y la jurisprudencia han establecido que para tal encuadre jurídico el acontecimiento debe tener lugar en un ámbito público ajeno a la vivienda del trabajador, en cuyo interior sería un accidente doméstico y por ende inculpable en términos de los arts. 208 y siguientes de la L. C. T., como también extraño al establecimiento donde presta servicios, en cuyo caso sería un accidente por el hecho o en ocasión del trabajo<sup>20</sup>.

En principio, se entiende que la cobertura se pierde por interrupción o alteración del trayecto. La interrupción refiere a una demora en el tiempo, en tanto la alteración parece estar relacionada a un desvío en el espacio. Señala Carlos A. Etala que para que tal exclusión sea operativa, estas anomalías deben haber sido relevantes en la causa del accidente<sup>21</sup>. Así lo ha entendido la Sala Séptima de la Cámara del Trabajo de la ciudad de Córdoba al considerar que debe encuadrarse como accidente laboral *in itinere* la caída sufrida por la trabajadora luego de haberse detenido a comprar la merienda en una despensa

19 Fallo plenario N° 21 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en autos "Guardia, Rogelio Demetri c/ La Inmobiliaria Cía. de Seguros" (1953).

20 Ackerman, Mario E., ob. cit., pág. 246.

21 Etala, Carlos Alberto, "Derecho de la Seguridad Social", citado por Mario E. Ackerman en "Ley de Riesgos del Trabajo", pág. 247.



a media cuadra de la Maternidad Nacional, unos treinta minutos antes de su horario de ingreso (14,00 horas). El Juzgador consideró, aplicando las máximas de la experiencia, que no se trató una interrupción relevante, que la actora tenía que comprar alimentos dado que en el lugar de trabajo no se les daba refrigerio, y que el hecho que haya sufrido el percance media hora antes del horario de ingreso debía atribuirse a una actitud previsora de su parte (voto del Dr. Arturo Bornancini, en autos "Aguirre, Irma Rita c/ Provincia A. R. T. S. A. – Ordinario – Accidente", Sent. de fecha 22/10/12).

En el caso "Basi, Lidia Josefa c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/ demandada" (Sent. del 08/06/15) la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al recurso directo interpuesto por la actora. Sostuvo en sus considerandos: "... *Que, en efecto, carece de razonabilidad la consideración de los jueces de la causa en orden a que la circunstancia de que la actora hubiera cruzado la calle para comprar pan camino al trabajo implicó efectivamente un "desvío" o una "alteración" en propio interés con aptitud para trasladar a la empleada la responsabilidad por el daño ocurrido que la ley pone en cabeza del empleador. Ello es así porque, como se reconoce en la misma sentencia de la Cámara del Trabajo, el hecho ocurrió en el recorrido o trayecto normal y habitual entre el domicilio de la accionante y su lugar de trabajo sin que existiese un notorio desvío con un objetivo totalmente ajeno a la prestación de tareas. En tales condiciones, el rigorismo extremo utilizado para discernir la aplicación de las reglas atinentes al instituto jurídico en cuestión -accidente in itinere- no se compadece con el principio reparador que inspira el sistema de riesgos del trabajo. La interpretación dada a las normas aplicables por los tribunales intervinientes, ciertamente, ha desnaturalizado su finalidad y las ha tornado inoperantes*" (voto de los Dres. Lorenzetti y Maqueda).

A diferencia de sus antecesoras, la ley 24.557 ha establecido excepciones importantes a la exclusión de cobertura por interrupción o desvío, extendiendo de ese modo la protección legal para tres hipótesis: razones de estudio, concurrencia a otro empleo y atención de familiar enfermo y no conviviente<sup>22</sup>. La norma presenta cargas de comunicación para que esa exclusión no rijá, bajo la forma aparente de facultades<sup>23</sup>, y guarda silencio sobre las consecuencias de la omisión del cumplimiento. No obstante ello, debe entenderse que la omisión de comunicación por parte del dependiente implicará la inviabilidad jurídica de un ulterior reclamo. El trabajador sólo tendría derecho a la cobertura a partir de la notificación que haga a su empleador, y si éste le pidiera la presentación de un certificado (frase final del apartado I del art. 6), en principio la tutela legal debería operar a partir del cumplimiento de esa exigencia, aunque podría aceptarse en este último caso la eficacia retroactiva al momento de aquella comunicación<sup>24</sup>.

22 La Recomendación N° 121 de la O. I. T. sugiere que todo Miembro debería, con arreglo a condiciones prescritas, considerar accidentes del trabajo los sufridos en el trayecto directo entre el lugar de trabajo y la residencia principal o secundaria del asalariado; o el lugar donde el asalariado toma habitualmente sus comidas; o el lugar donde el asalariado percibe habitualmente su remuneración (S. c).

23 Dice el art. 6 de la ley 24.557: "... El trabajador podrá declarar por escrito ante el empleador, y éste dentro de las setenta y dos (72) horas ante el asegurador, que el itinere se modifica ...".

24 Ackerman, Mario E., ob. cit., pág. 248.

La omisión de la declaración del empleador a la A. R. T. genera la pérdida de la cobertura como asegurado, pero no es oponible al trabajador, porque no se prevé la posibilidad de comunicación directa por parte del trabajador. Una interpretación posible en esta hipótesis indica que podría entenderse que se trata una situación análoga a la regulada por el apartado segundo del art. 28 de la ley 24.557: la Aseguradora debería otorgar las prestaciones en especie y dinerarias, pudiendo luego repetir del empleador el costo de éstas.

El art. 4 acápite I inc. a) del decreto reglamentario 491/97 dispone que la declaración de modificación de itinerario por concurrencia a otro empleo deberá efectuarse por parte del trabajador de manera previa al cambio, en todos y cada uno de sus empleos. En este último supuesto las prestaciones estarán a cargo de la A. R. T. del empleador del lugar de trabajo hacia el que se dirigía el trabajador (art. 4 inc. b) del decreto 491/97), y aquélla podrá recuperar ("repetir") de la otra Aseguradora los costos de las prestaciones abonadas, otorgadas o contratadas, en la proporción que a cada una le corresponda (art. 4 inc. c). En este punto, la reglamentación no explicita cuál sería el criterio o parámetro para la determinación de esa proporción: si el trayecto, la remuneración del trabajador o la cotización que abone el empleador<sup>25</sup>.

El art. 4 inc. d) del decreto 491/97 establece que para su cobertura el accidente debe producirse en el trayecto directo e inmediato entre el trabajo y el domicilio del trabajador, el lugar de estudio, el otro empleo o donde se encuentre el familiar<sup>26</sup>.

En lo que refiere al cuidado de familiar enfermo no conviviente, el art. 4 inc. a) acápites III y II del decreto 491/97 establece que familiar directo es el pariente por consanguinidad y afinidad hasta el segundo grado, y el no conviviente aun cuando siéndolo regularmente, se encuentre en un lugar distinto del domicilio por causa debidamente justificada. El grado de parentesco admitido es más restringido que el reconocido por el art. 5 del decreto 410/01 en los efectos de las prestaciones por muerte del trabajador, reglamentario del art. 18 de la ley 24.557 luego de su modificación por el decreto 1278/00.

En lo que hace al cambio de trayecto por la concurrencia a un establecimiento educativo, puede tratarse de estudios de cualquier nivel (primario,

25 Ackerman, Mario E., ob. cit., pág. 249.

26 Tal exigencia no existía bajo el régimen de la ley 24.028, lo que llevó al Tribunal Superior de Justicia de esta Provincia en Sentencia N° 80 del 30/06/00 a entender en autos "Rivera de Cerván, Cristina c/ José M. Alladio e hijos S.A. - Demanda - Recurso de Casación" que el trayecto al que aludía el art. 3 de aquel cuerpo legal era "esencialmente dinámico, pues la acción de dirigirse de un lugar a otro no se efectúa mecánicamente, sino que pueden introducirse variables propias y normales. No debe concebirse circunscripto a un desarrollo riguroso y concordando un viaje con otro, sino que los cambios circunstanciales no alteran su naturaleza conformada por el «ánimus» del empleado de retornar a su domicilio. Estas premisas justifican la protección de la ley especial aún en aquellos supuestos en los que el trabajador que se dirige a cumplir la prestación ve interrumpida su decisión por motivos fortuitos, ocasionales o que le son ajenos, siempre y cuando no alcancen para considerar modificado el propósito inicial manifestado con el comienzo del trayecto (de retorno). De tal manera, sostener -como lo hizo la a quo en el caso bajo examen- que el trayecto elegido por Cerván estaba fuera del normal y habitual que debió seguir para regresar a su domicilio, vulnera las previsiones de la norma. Ello es así, atento a que el dispositivo en cuestión no describe especificaciones en torno a lo que debe considerarse como «trayecto» normal y habitual, y menos aún lo asimila a más corto o más fácil. Por el contrario, la ley limita su letra al término «trayecto» entre el lugar de trabajo y el domicilio" (voto de los Dres. Berta Kaller Orchanisky, Hugo A. Lafranconi y Luis E. Rubio).



secundario, universitario, técnico, de grado o postgrado) en cualquier institución pública o privada, con o sin validez, con el único requisito de la notificación al empleador de tal alteración, el empleador a la Aseguradora dentro de las setenta y dos (72) horas, debiendo presentar el certificado de estudios dentro de los tres días de requerido.

No deben confundirse con este subtipo de accidentes los sufridos “en misión”, es decir, aquéllos que se producen en circunstancias en que el trabajador se está trasladando a un lugar extraño al domicilio laboral a fin de cumplir con un cometido que le fuera ordenado, durante el transcurso de la jornada de trabajo, resultando encuadrables tales contingencias bajo el supuesto de la ocasionalidad<sup>27</sup>.

A los fines de la configuración de este subtipo de accidente de trabajo, deben concurrir los siguientes elementos: teleológico, geográfico, cronológico e idoneidad del medio. En el primero de ellos, el teleológico, se considera que la finalidad principal y directa del viaje en cuyo trayecto ocurre el accidente debe estar determinada por el cumplimiento de la obligación sinalagmática de prestar un trabajo (*animus*). Por ejemplo, en el caso “Valle, Pablo Martín c/ La Caja A. R. T. S. A.” (Sent. del 30/05/16) la Sala Segunda de la Cámara Federal de la Seguridad Social sostuvo que el accidente automovilístico sufrido por el accionante a las 20,30 horas, siendo el comienzo de su jornada las 21,00 horas, fue *in itinere* en tanto se valoró su voluntad de dirigirse a prestar servicios sin utilizar el tiempo en beneficio propio. En el caso “Benvenuto, Alicia María c/ Asociart A. R. T. (Suprema Corte de Justi-

cia de la Provincia de Buenos Aires, Sent. de fecha 27/04/11) faltó tal requisito y por tanto se rechazó la pretensión de la parte actora: el trabajador sufrió un accidente fatal al egresar de su empleo, pero había desviado su recorrido para buscar a su nieto y llevarlo a su casa.

Así puede advertirse que este elemento teleológico está muy vinculado con el geográfico, de modo que la inexistencia de uno conlleva la del otro. Así, para el Tribunal Supremo Español no existió el primero si el accidente ocurrió al regresar el trabajador de una ciudad en la que pasó con su familia el fin de año; lo mismo se dijo de quien regresó de celebrar un feriado puente, o quien se desplazó al domicilio de su abuela para visitarla.

En cuanto al elemento geográfico en particular, la ley 24.557 no establece la obligatoriedad del trayecto habitual y normal, como lo hacía la anterior ley 24.028. Deja de existir este elemento cuando ya se arribó al domicilio o cuando todavía no se inició el recorrido, es decir, cuando se están cumpliendo actos preparatorios, en cuyo caso el suceso lesivo sería inculpable en términos de los arts. 208 y siguientes de la L. C. T. La Sala 10ª Laboral de la Cámara del Trabajo de esta ciudad, en Sent. N° 62 de fecha 23/7/2014, dictada en autos “Brustia, Gabriela del Valle c/ Gobierno de la Provincia de Córdoba – Ministerio de Educación – Ordinario – Accidente (Ley de Riesgos)” (voto del Dr. Huber O. Alberti) consideró que no debía calificarse como accidente laboral *in itinere* el padecido por la trabajadora en el patio interior del edificio o predio donde tenía su departamento, tratándose por ello de un accidente doméstico. Es que si bien dicho espacio (patio), al igual que el pasillo que unía el mismo con la calle, es un espacio común y de acceso a los propietarios o habitantes del edificio o complejo de departamentos, ello no lo convierte en ámbito público, que es lo que aquí interesa. Luego, y aun cuando ello no se compartiera este criterio,

27 Así lo entiende Néstor H. Rivera Rúa para el caso de los accidentes sufridos por viajantes de comercio, coincidiendo con Ruprecht y Villegas que no se trata de accidentes *in itinere*, sino que se consideran como ocurridos con ocasión y motivo de sus tareas habituales, “pero nada excluye la posibilidad que tal accidente ocurra cuando el viajante se desplaza desde la sucursal donde percibió sus haberes hacia su domicilio que según los casos podría entenderse como accidente *in itinere*” (“Viajante de comercio, industria y servicios”). Editorial Jurídica Panamericana, Santa Fe, 2007, pág. 517.



de lo que no cupo duda -a criterio del Juzgador- es que la actora interrumpió su trayecto por causa ajena al trabajo y, tal interrupción estuvo directamente vinculada con la producción del evento. En efecto, fue justamente su pareja la que aseveró que, una vez ya en la calle e iniciado al trayecto hacia su trabajo, la actora decidió volver al departamento porque se habían olvidado un cuaderno, acreditando con ello que interrumpió el mismo por razones particulares. Entonces, si el accidente le ocurrió mientras volvía hacia su departamento, la interrupción resultó relevante para la producción del mismo. Las razones expuestas, en suma, condujeron al sentenciante al rechazo de la demanda, en tanto entendió que el hecho acreditado no resultó accidente *in itinere* a la luz de la legislación aplicable ([http://www.actualidadjuridica.com.ar/olejurisprudencia\\_viewview.php?id=18132](http://www.actualidadjuridica.com.ar/olejurisprudencia_viewview.php?id=18132)).

Sin embargo, en sentido contrario, la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social en autos "D'Agustoni, C. E. c/ Consolidar ART SA" (Sent. del 28/07/05) ha entendido que en aplicación del principio de equidad que atempera el excesivo rigorismo de las leyes, debe considerarse accidente *in itinere* el padecido por un trabajador en el jardín de su casa, es decir, en el interior de su domicilio, cuando se aprestaba a dirigirse a su trabajo, apoyándose en la existencia de correlación horaria, *animus* de dirigirse a prestar servicios y concatenación de las rutinarias circunstancias de tiempo, modo y lugar enderezadas diariamente a la concreción de alcanzar la finalidad de trasladarse a su labor<sup>28</sup>.

Respecto del requisito cronológico, tiene relación con la razonabilidad del horario de salida, el que en principio no debiera tener lugar excesivamente temprano para no incrementar riesgos en la calle; lo que a su vez depende de las circunstancias (por ejemplo, si el trabajador no cuenta con vehículo propio y debe tomar dos colectivos).

Por último, la idoneidad del medio refiere a la utilización de un medio normal de transporte por parte del trabajador.

Para concluir, se ha dicho que en los accidentes *in itinere* no puede invocarse la eximente de responsabilidad la fuerza mayor extraña al trabajo, por cuanto precisamente el hecho ocurre fuera del ámbito en que podrían operar los factores de atribución de responsabilidad del empleador<sup>29</sup>. Entender lo contrario implicaría neutralizar en todos los casos las consecuencias en orden a la cobertura de la figura legal en cuestión.

## VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

En estos casi veintiséis años posteriores a la sanción de la ley 24.557, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado criterios interpretativos en muchos casos divergentes respecto de distintas cuestiones referidas a la regulación de los accidentes de trabajo contenida en el art. 6 de dicho cuerpo normativo. Ha quedado en evidencia, según lo visto en este trabajo, que tal regulación ha sido pobre y defectuosa a partir de una imperfecta técnica legislativa.

Desde la primigenia visión de parte del legislador que sancionó la versión original de la Ley sobre Riesgos del Trabajo, se produjo en estos años una lenta evolución impulsada desde el pensamiento jurídico y los pronunciamientos judiciales, gracias a cuyos esfuerzos se terminaron generando reformas legales que mejoraron progresivamente el sistema de riesgos del trabajo desde el punto de vista de su finalidad protectora.

La jurisprudencia ha ido ensanchando el ámbito de encuadre jurídico laboral de las contingencias sufridas por los trabajadores, especialmente en este caso en lo que hace a la ocasionalidad, en la que actualmente se valora la incidencia del factor del trabajo en un sentido más amplio que el concebido hace unos años.

Considero conveniente y necesario que el legislador tome debida nota de esos aportes, y que desde un prudente análisis se construya y cristalice un nuevo concepto normativo de accidente de trabajo, más amplio y dúctil que el actual, comprensivo de sus notas típicas esenciales, disponiendo razonablemente -en el marco de la generalidad de la ley- un *quietus* en algunas cuestiones controvertidas en aras de una mayor seguridad jurídica, siempre bajo la inspiración de los principios de los Derechos del Trabajo y de la Seguridad Social que convergen en esta materia.



28 Citado por Mario E. Ackerman en "Ley de Riesgos del Trabajo comentada y concordada", pág. 246.

29 T. S. J., Sent. de fecha 21/02/01 dictada en autos "Ditado, María Luisa c/ Guillermo V. Cassaro S. A.- ley 9688".



Quiroga Contreras  
Juan Facundo<sup>1</sup>



Moyano  
Juan Manuel<sup>2</sup>

# Las medidas autosatisfactivas en el fuero laboral **DURANTE EL CONTEXTO DE PANDEMIA COVID-19**



---

<sup>1</sup> Abogado UNC. Juez de Conciliación y Trabajo 2ª Nom.

<sup>2</sup> Abogado UNC.



La finalidad de la presente publicación consiste en ofrecer una síntesis conceptual de las medidas autosatisfactivas, analizando sus condiciones de procedencia y trámite, a partir de un estudio de los precedentes judiciales surgidos durante la emergencia sanitaria de la pandemia COVID-19.

## I. INTRODUCCIÓN

A raíz de la declaración de **pandemia** formulada por la Organización Mundial de la Salud desencadenada por la irrupción del COVID-19, nos vimos inmersos en múltiples y diversas situaciones que alteraron el normal desenvolvimiento del fuero laboral y sobrevinieron circunstancias poco frecuentes.

De allí que, para que la función jurisdiccional sea eficaz y se amolde a la realidad extraordinaria, se recurrió a vías y herramientas procesales inusualmente utilizadas en tiempos normales e, incluso, **institutos que aún no poseen recepción legislativa** en nuestra Provincia.

Por ello, los operadores judiciales debimos acudir a vías procesales idóneas que dieran respuesta a circunstancias de **extrema urgencia** a los fines de intentar tutelar los derechos de las partes de la relación laboral. En este contexto, la “**demandas o medida autosatisfactiva**”<sup>3</sup> apareció como una de las vías procesales más utilizada con el objetivo de la satisfacción definitiva de las pretensiones de **imperiosa necesidad**.

## II. MEDIDA AUTOSATISFACTIVA

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, enmarcan a las medidas autosatisfactivas dentro de los “procesos urgentes”, dado que las mismas hacen efectivos derechos sustanciales que los ordenamientos procesales ordinarios resultarían ineficientes para resolverlos.

Estas medidas, ponen el acento en el valor eficacia de la función jurisdiccional, justamente para **hacer efectivos derechos sustanciales en situaciones apremiantes**. En especial, en supuestos donde la demora de los carriles procesales comunes llevaría a la pérdida del derecho o a la irreparabilidad futura del daño causado, se optó por tomar respuestas jurisdiccionales inmediatas, inclusive, en ocasiones, **a expensas de la garantía de defensa en juicio**.

Estas medidas, carentes de regulación legislativa, poseen fundamentos jurídicos basados en: 1) el bloque Convencional, principalmente el Pacto de San José de Costa Rica y Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos, donde prevén la necesidad de que los estados provean una **tutela judicial efectiva** de los derechos de sus conciudadanos; 2) art. 14 de la Constitución Nacional en cuanto establece el **derecho a peticionar** a las autoridades, y art. 19 que expresamente instituye todo aquello que no está prohibido por la ley; y 3) en el art. 3 del Código Civil y Comercial de la Nación que establece el **deber de los jueces** de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una **decisión razonablemente fundada**.

La doctrina ha definido a la “medida autosatisfactiva” como una providencia dictada en un **proceso autónomo**, generalmente **inaudita parte**, que tiene como fin la **satisfacción definitiva** de una pretensión de **urgente necesidad** y requiere un **interés tutelable manifiesto** que amerite una protección inmediata.<sup>4</sup> Tal como lo señala Riva<sup>5</sup>, las medidas autosatisfactivas no encuadran en la actividad jurisdiccional asegurativa sino en la dirimente, ya que, si bien comparte con las cautelares la circunstancia de ser resueltas *inaudita pars*, y con las anticipatorias la de basarse en la cuasi certeza del derecho, significan lisa y llanamente el dictado de una **sentencia que resuelve el conflicto**.

En ese sentido, se ha sostenido que: “La medida autosatisfactiva es un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota -de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento”.<sup>6</sup> En consecuencia, puede señalarse que una de las principales virtudes de esta herramienta es la **autonomía**, a diferencia del régimen cautelar, que exige la iniciación de un proceso principal, so pena del decaimiento de la respuesta jurisdiccional urgente obtenida.

Asimismo, cuadra resaltar que, no estamos ante un anticipo de tutela cautelar o *interino*, sino que en se trata de un pronunciamiento definitivo, cuyos **requisitos** para su procedencia resultan **sumamente estrictos**, donde no sólo debe existir la posible irreparabilidad del perjuicio, sino que debe estarse frente a una tutela inmediata imprescindible.

Este instituto se halla supeditado a la concurrencia simultánea de condiciones infrecuentes derivadas de una **urgencia impostergable** en la que el factor tiempo y la prontitud aparecen como apremiantes; de la **fuerte verosimilitud** sobre los hechos, con grado de **certidumbre** acreditada al inicio del requerimiento o, en su caso, de sumaria comprobación; la superposición o coincidencia entre el objeto de la pretensión cautelar o preventiva con la pretensión material o sustancial, de modo que el acogimiento de aquella torne generalmente abstracta la cuestión a resolver porque se consumió el interés jurídico (procesal o sustancial) del peticionante.<sup>7</sup>

4 MARCELLINO, Verónica. Procesos Urgentes: Despacho Interino de Fondo y Medida Autosatisfactiva, publicado en la revista Catorcebis año XV, N° 45.

5 RIVA, Adolfo A. Medidas cautelares, Ed. LexisNexis, Bs. As. 2007, pág. 32.

6 PEYRANO, Jorge W. en Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas, en “Medidas autosatisfactivas”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe 1999, Rubinzal Culzoni, pág. 16.

7 GÁLDÓS, Jorge Mario, El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas, en “Medidas autosatisfactivas”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe 1999, Rubinzal Culzoni, pág. 61.

3 En adelante, Medida Autosatisfactiva.



Dado que la respuesta que se brinda en una auto-satisfactiva es definitiva, se ha sostenido que ella sólo procede cuando **no es menester una amplitud de debate**, ni compleja prueba; caracteres relacionados con la fuerte apariencia de que le asistirá razón al requirente en sus planteos.

Esa apariencia de “*buen derecho*” reclamable en el terreno de la autosatisfactiva debe, entonces, ser mayor a la que cabe exhibir el requirente de una tutela anticipada de urgencia o de una providencia de índole cautelar, puesto que, como se indicó, el proceso **se agota en sí mismo** y no es susceptible más que de una revisión por vía del remedio recursivo.

Desarrollado sintéticamente el instituto de la “medida autosatisfactiva”, cabe ahora analizar cómo ha sido su recepción en el fuero laboral de la justicia de Córdoba en el contexto de la pandemia. Al ser una figura regulada pretorariamente, diversos han sido los caminos y criterios elegidos para su tramitación.

### III. LA EXPERIENCIA EN EL FUERO LABORAL CORDOBÉS

#### A. ANÁLISIS CASUÍSTICO

Como se señaló, en la excepcional realidad que nos hace vivir el COVID-19, se acudió a la medida autosatisfactiva con el objetivo de tutelar derechos en situaciones de extrema urgencia. A los efectos de formular una análisis pormenorizado de la situación, se procedió a obtener información del Sistema de Administración de Causas Multifuero (SACM)<sup>8</sup>, que comprendió la búsqueda de la categoría de juicios iniciados como “MEDIDA AUTOSATISFACTIVA” entre el 01/03/2020 y el 31/03/2021, principalmente en la ciudades de Córdoba Capital y Río Cuarto. En función de ello se expondrán el tratamiento procesal y fondal que fueran objeto de análisis de los distintos supuestos, como así también algunas cuestiones particulares.

A partir del relevamiento realizado, surge que entre el 01/03/2020 y el 31/03/2021 en la ciudad de Córdoba se iniciaron 86 acciones categorizadas como “MEDIDA AUTOSATISFACTIVA”, y en Río Cuarto siete causas de este tipo. Preliminarmente cabe resaltar que, de las iniciadas en capital provincial, se observa que los Juzgados de Conciliación y Trabajo procesalmente le imprimieron diversas formas en cuanto a su sustanciación y tramitación.

Asimismo, tomando el número total de acciones enjuiciadas, el muestreo relevado demuestra que en alrededor del 20% se hizo lugar a las medidas autosatisfactivas presentadas.

Analizando el punto de vista procesal de esa porción de causas (despachadas favorablemente), surge que en el 50% se despachó lo requerido **inaudita parte**; es decir que **se priorizó** la fuerte probabilidad del derecho tutelable y su urgencia, **por sobre la bilateralización en su tramitación**. En los restantes, mayoritariamente se imprimió un trámite breve, como un traslado, una vista o, en otros casos, el resolutivo se dictó luego de celebrada la audiencia prevista en el art. 58 del CPCC.

Aquí, cuadra resaltar la alta efectividad de la audiencia prevista en el art. 58 del CPCC, ya que en el 50% de los casos en los que se convocó se logró un avenimiento. De allí, se vislumbra la importancia de la comunicación personal de los magistrados con los destinatarios de sus decisiones (principio de inmediación), ansiado objetivo que persigue la implementación del Procedimiento Declarativo Abreviado, de reciente entrada en vigencia.

Continuando con el análisis relativo a la tramitación, en algunas causas, donde se interpretó que, de la demanda y el material probatorio acompañado, no contenía la claridad suficiente para formar criterio acorde a la situación y al derecho invocado, se corrió un traslado o vista, con el objeto de oír a la accionada y que fije su postura.

Así sucedió, por ejemplo, en los autos “A., F. E. c/ T. SRL”, tramitados en el Juzgado de Conciliación y Trabajo 2 Nom. de la ciudad de Río Cuarto, donde previo a pronunciarse sobre la medida de reinstalación solicitada, se corrió traslado al demandado por “...el plazo de **un día hábil**, para que conteste /.../, **para sentenciar sin apertura a prueba**...” (el resaltado me pertenece). Además, se menciona este caso ya que para correr el exiguo plazo de la vista, se utilizó lo reglado en el art. 8 de la ley pro-

<sup>8</sup> Informe obtenido el 14/04/2021.



vincial de amparo N° 4915<sup>9</sup>, que otorga al Juez la facultad de requerir un informe que debe ser evacuado dentro de un plazo que no exceda de tres días. Asimismo, en base a lo establecido por el art. 887 del CPCC<sup>10</sup> se aclaró que la causa no se abriría a prueba **para no desnaturalizar la vía elegida**.

Otro de los aspectos que también se tuvo en consideración es que, pese a la fuerte probabilidad de la existencia del derecho en cabeza del peticionante, la doctrina y la jurisprudencia han impuesto la **contracautela** como condición para efectivizar la medida autosatisfactiva. Cuestión que se patentiza en el informe recabado, desde que en el 90% de las resoluciones donde se hizo lugar a la acción solicitada, se condicionó su ejecutividad al previo ofrecimiento y ratificación de fianzas.

A los efectos de fundamentar la necesidad de imponer la contracautela, la justificación más reiterada fue que en caso que en una instancia recursiva se dejara sin efecto lo resuelto, debían cubrirse los posibles daños ocasionados a la accionada. Así, el Juzgado de Conciliación y Trabajo de 8 Nom., en la causa “C., N.A. c/ I. SRL” pese al pedido expreso del peticionante de la no imposición de una contracautela, además de la razón antes mencionada, interpretó que su exigencia se trata de una decisión privativa del Juez de acuerdo a las circunstancias de cada caso y que, en ese caso en particular, la ratificación de fianzas por parte de dos letrados no afectaba el derecho de acceso a la justicia, ni al beneficio de gratuidad establecido en el art. 20 LCT.

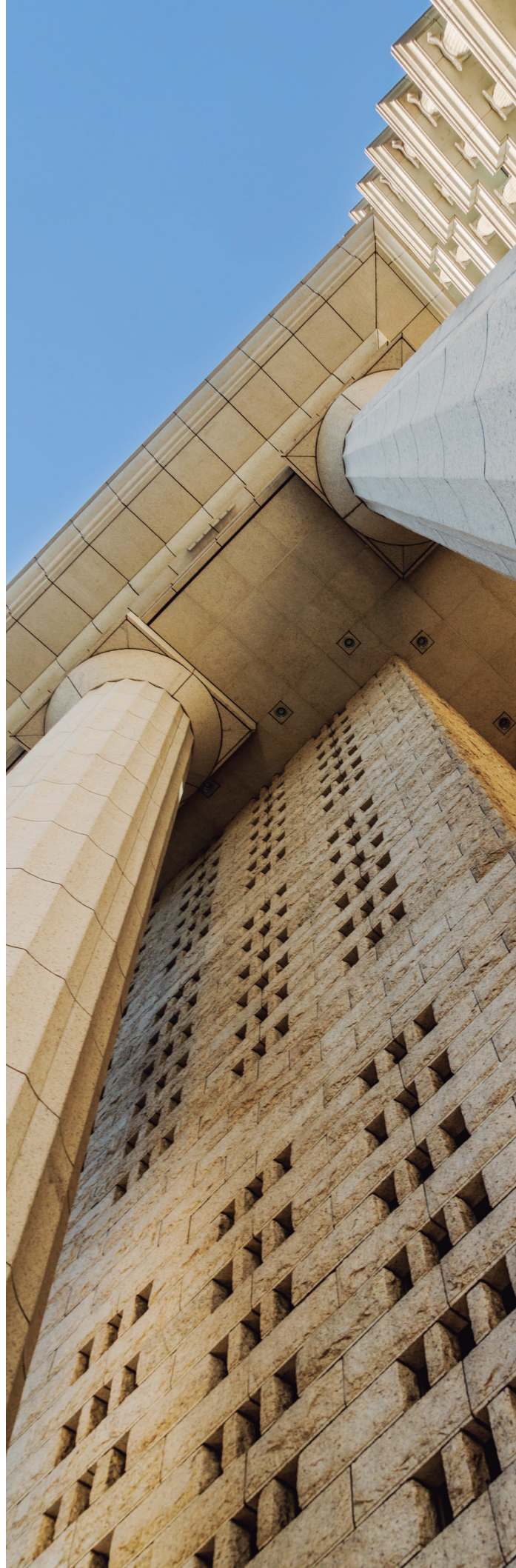
Por otro lado, vale destacar que el 53% de las sentencias donde se concedieron las medidas autosatisfactivas no fueron recurridas y del universo que fueron apeladas, las Salas de la Excma. Cámara del Trabajo intervinientes en un 94% confirmaron los resolutorios dictados por los Jueces de Conciliación y Trabajo.

De las causas que fueron rechazadas *in limine* en primera instancia, solo dos sentencias fueron revocadas, relacionadas a la aplicación del DNU que prohíbe los despidos a los desahucios practicados durante el período de prueba, aspecto éste que se desarrollará posteriormente.

En relación a los efectos producidos por los recursos interpuestos a los veredictos de los Juzgados, la regla general implica que deben concederse con efecto suspensivo; sin perjuicio de ello, en algunos casos, se resolvió la concesión del recurso de apelación **sin efecto suspensivo**. Esta fue la posición adoptada por el Juzgado de Conciliación y Trabajo de 9 Nom. en los autos “T., D. M. D. V. c/ B. y B. S.A.” y “U. T. M. c/ V. S.A.”, que, además, argumentó su decisión debido a “...la naturaleza de la

9 ARTÍCULO 8.- Cuando la acción fuera admisible, el juez requerirá a la autoridad o particular que corresponda un informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada, el que deberá ser evacuado dentro de un plazo que no podrá exceder de tres días. La omisión del pedido de informe es causa de nulidad del proceso. El requerido deberá cumplir las cargas de ofrecer pruebas en oportunidad de contestar el informe, en la forma establecida para el actor. Producido el informe o vencido el plazo otorgado sin su presentación, no habiendo pruebas de las partes a tramitar, el Tribunal dictará sentencia dentro del término establecido en el Art. 11.

10 Silencio u oscuridad. ARTÍCULO 887.- En caso de silencio u oscuridad de este Código, los tribunales arbitrarán la tramitación que deba observarse, de acuerdo con el espíritu que le domina, leyes análogas y los principios generales que rigen en materia de procedimientos.





cuestión y a los fines de que **no se desnaturalice la decisión adoptada**" (el resaltado me pertenece), refiriéndose al carácter de extrema urgencia de las medidas dispuestas.

Por último, en cuanto a las medidas autosatisfactivas que fueron rechazadas, que comprenden el 80% del total presentadas, puede observarse que la mayoría fueron inadmitidas porque no se verificaba el presupuesto de verosimilitud de derecho que autorizaría y justificaría el despacho de la medida solicitada. En otro gran número de casos, se entendió que requerían un debate amplio y medidas probatorias que excedían el margen de tramitación la vía elegida. Por último, en menor medida, se argumentó que no se evidenciaba una situación de urgencia *in extremis* en la petición que sobrelleva a un perjuicio grave e irreparable para el solicitante.

De lo expuesto, surge que los Juzgados de Conciliación y Trabajo no han adoptado un criterio restrictivo en cuanto al trámite que se le debe imprimir a las medidas bajo análisis, sino que han tenido en cuenta las circunstancias particulares de cada una de las acciones presentadas. A partir de allí, dependiendo del derecho tutelable invocado, la urgencia en la demora y el grado de certeza expuesto, se le imprimió a cada una de las acciones el trámite que se entendió conveniente.

## B. CUESTIONES SUSTANCIALES

A los fines de minimizar los efectos nocivos de la pandemia, el Ejecutivo nacional modificó transitoriamente presupuestos de derecho laboral común en materia de despido y, mediante el DNU 329/2020, aún vigente por DNU 39/2021, prohibió "...los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de SESENTA (60) días...". En consecuencia, también estableció que los despidos y las suspensiones que se dispongan en violación a esa norma no producirán efectos jurídicos, por lo que se mantendrán vigentes las relaciones laborales existentes con todas sus condiciones.

En este marco, como consecuencia de la prohibición dispuesta se generaron distintos interrogantes sobre la validez de ciertas extinciones. A continuación, se abordarán sintéticamente dos tópicos sobre los cuales se discute si se encuentran o no tutelados por el referido decreto: el régimen de la construcción y el período de prueba.

### B.1. RÉGIMEN DE LA CONSTRUCCIÓN

En numerosos casos, donde finalizó el vínculo laboral, los trabajadores entendieron que no había una justa causa para hacerlo, y solicitaron a través de medidas autosatisfactivas, la reincorporación a sus puestos de trabajo y el pago de los salarios caídos. Esta situación generó posiciones opuestas en los Juzgados y Salas laborales, que deberá ser dirimida en instancias superiores.

Por un lado, en las causas donde se hizo lugar a las autosatisfactivas solicitadas, los principales argumentos se circunscribieron a que la "*literalidad*" es el primer criterio de interpretación de la ley. Por ende, señalan que la intención del DNU es garantizar la continuidad de la relación laboral con alcance al colectivo de trabajadores, sin exclusiones de ningún tipo. Además, señalan que ante la falta de expresa exclusión normativa, otra regla que se impone es la del art. 9 de la LCT, en cuanto dispone que en caso de duda sobre la aplicación de normas prevalece la interpretación más favorable al trabajador.

En la vereda opuesta, se encuentran los que comprenden que prepondera el régimen jurídico particular de la construcción, ya que es una excepción a la modalidad de contratación por tiempo indeterminado, y que las partes de la relación laboral conocen esta característica desde el inicio del vínculo.

Asimismo, rememoran que, a la finalización del contrato de trabajo, independientemente de su motivo, se genera el derecho al cobro del fondo de cese laboral, que entienden que no tiene naturaleza indemnizatoria pues no repara el daño causado por despido, sino que es una compensación por tiempo de servicio. En consecuencia, explican que técnicamente no se está frente a un despido, por lo que se excluye a estos supuestos de la protección del DNU.

Por último, señalan que difícilmente se encuentre cumplimentado el requisito de "peligro en la demora", característico de las medidas autosatisfactivas, ya que la legislación especial prevé el mencionado fondo de cese laboral y, además, finalizado el contrato de trabajo, el trabajador mantiene su calidad de beneficiario de obra social durante tres meses. Al momento de finalizar el presente trabajo el Poder Ejecutivo Nacional dictó el DNU 266/2021 que prorroga la prohibición de despedir, excluyendo expresamente a los trabajadores del régimen de la construcción, sin que se expresen argumentos explicativos de esa circunstancia con lo que el debate respecto a su aplicación en tiempos anteriores sigue abierto.

### B.2. PERÍODO DE PRUEBA

En relación al DNU 329/2020, también se discute cómo se compatibiliza la prohibición establecida con la situación de los trabajadores que se encuentran cursando el período de prueba (art. 92 bis LCT).

Sabido es, que el mentado período, se trata del lapso caracterizado como el primer tramo del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, donde cualquiera de las partes posee la facultad de extinguir el vínculo sin expresión de causa y sin obligación de abonar una indemnización. Es decir, que las personas que se encuentren atravesando los primeros tres meses de la relación laboral, no gozan aun de estabilidad impropia y de la protección contra el despido arbitrario, en la medida que se hayan cumplido todos los recaudos legales.



El Dr. Sergio Omar Rodríguez<sup>11</sup> comenta que doctrinariamente existen dos posturas sobre la solución que debería adoptarse: la tuitiva, que sostiene la prevalencia del DNU 329/20 de prohibición de despedir por sobre el art. 92 bis, y la restrictiva, que afirma lo contrario.

La postura tuitiva señala que el análisis de la coyuntura de las relaciones laborales en época de pandemia debe realizarse bajo el tamiz de los principios protectorios del derecho del trabajo. Además, sostiene que no se deben hacer distinciones que el decreto no realiza.

En el otro costado, la postura restrictiva, que afirma que prevalece el artículo 92 bis por sobre el decreto presidencial, entiende que el contexto es excepcional y que los efectos dañinos de la pandemia afectan a ambas partes de la relación laboral. Señala que, al empleador no se le debe sumar la obligación de mantener un vínculo que en tiempos normales no hubiese tenido que sustentar si hubiera despedido en modo previo.

Esta postura no niega que implica un daño para el trabajador en período de prueba, sino que es “inferior” atento al grado de perspectiva que se puede tener cuando un trabajador sabe que está a prueba. Y que ese menoscabo, en la mayoría de los casos se sustenta en garantizar el trabajo y el pago de salario de aquellos trabajadores que acompañan al empleador de forma permanente.

En ese orden de ideas, se entiende que no se debe adoptar de manera absoluta y general una u otra posición, sino que debe efectuarse un particular análisis del caso concreto.

## IV. CONCLUSIONES

Finalmente debemos expresar que el objetivo del presente trabajo ha sido realizar un pequeño aporte, a través del estudio de precedentes judiciales, analizando esta novedosa herramienta jurídica, que otorga un respuesta rápida y eficaz a los conflictos en el ámbito del trabajo, en sus aspectos prácticos y sustanciales.

La jurisprudencia y la doctrina han marcado el camino de las condiciones y formas de tratamiento de las medidas autosatisfactivas, el contexto de la pandemia y la realidad inusitada que transitamos, le ha dado un impulso sin precedentes a estos procesos, que vinieron a cubrir lagunas procedimentales poniendo el eje en garantizar el ejercicio de la tutela efectiva de los derechos.

Concretamente, no debe soslayarse que la procedencia y la implementación de una medida autosatisfactiva debe ser de carácter excepcional y fuertemente restrictivo. Pero aun así, tampoco debemos perder de vista que el trabajador es un sujeto de preferente tutela constitucional, que los créditos laborales tienen carácter alimentario e, indubitablemente, esta vía ha sido apta para su debido resguardo.

Se considera que la urgencia y el grado de certeza del derecho exigido como tutelable, deben tener tal asidero que justifiquen la restricción del contradictorio, pero no por ello impidiéndolo sino relegándolo para una posterior instancia. En este sentido, también cabe señalar que no deben delimitarse materialmente los casos que justifiquen la articulación de este remedio, ni especificar qué derechos sustanciales se resguardan.

Por todo ello, quizás se requiera establecer legislativamente algunas mínimas pautas procesales que sirvan para afianzar esta vía, tomando a esos fines la experiencia adquirida, para así brindar mayor seguridad jurídica tanto a los operadores jurídicos como a los justiciables.

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ, Sergio Omar. *Las dos posiciones frente a los despidos en el periodo de prueba (art. 92 bis, LCT), en plena vigencia del decreto 329/2020 que prohíbe los despidos*. Id SAJJ: DÁCF 200090 de fecha 06/05/2020.





**Emilio Elías Romualdi<sup>1</sup>**

# **EL PROCEDIMIENTO ANTE LAS COMISIONES MÉDICAS POR COVID-19**

<sup>1</sup> Juez en del Tribunal de Trabajo N° 6 de San isidro. Doctor en Derecho por la U Kennedy. Vicepresidente segundo de la Asociación Nacional de Jueces del Trabajo (ANJUT). Profesor titular de postgrado de la UNR; Universidad Nacional de San Martín; de la Universidad Kennedy, de la Universidad Blas Pascal, de la Universidad Nacional de Tres de Febrero. Profesor titular de grado: Universidad Católica Argentina de La Plata y Universidad Abierta Interamericana. Director de la Revista de Derecho Laboral de la Prov. de Buenos Aires (IJ Editores). Colaborador permanente de diferentes editoriales jurídicas: Autor de libros y artículos sobre la materia. Profesor visitante de la Universidad degli Studi di Cagliari y de la Universidad Externado de Bogotá Colombia



## I. INTRODUCCIÓN

En los albores de la pandemia que nos toca vivir se dictó el DNU 667/20<sup>2</sup> de fecha 13 de abril de 2020 que dispuso que la enfermedad COVID-19 producida por el coronavirus SARS-CoV-2 se considerará presuntivamente una enfermedad de carácter profesional -no listada- en los términos del apartado 2, inciso b) del artículo 6º de la Ley N° 24.557, respecto de las y los trabajadores dependientes excluidos mediante dispensa legal del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio ordenado por los D.N.U. N° 297/20 y sus complementarios.

En el marco de las sucesivas normas ampliando el carácter presuntivo de la enfermedad y estableciendo el trámite necesario para el reconocimiento de la enfermedad como de carácter profesional destacó el dictado del D.N.U. 39 de fecha 22 de enero de 2021 el que dispuso que por el término de NOVENTA (90) días corridos contados a partir de la vigencia del mismo, que la enfermedad COVID-19 producida por el virus SARS-CoV-2 se considerará presuntivamente una enfermedad de carácter profesional -no listada- en los términos del apartado 2, inciso b) del artículo 6º de la Ley N° 24.557, respecto de la totalidad de las trabajadoras y los trabajadores dependientes incluidas e incluidos en el ámbito de aplicación personal de la Ley N° 24.557 sobre Riesgos del Trabajo y que hayan prestado efectivamente tareas en sus lugares habituales, fuera de su domicilio particular.

En el DNU 667/20 se facultó a la S.R.T. a dictar las normas del procedimiento de actuación ante la Comisión Médica Central y a adoptar todas las medidas reglamentarias, complementarias y aclaratorias que sean necesarias en el marco de sus competencias tendientes a efectivizar la cobertura especial presuntiva dispuesta.

En ese contexto se dictó inicialmente la Resolución SRT 38/2020 – complementada por diversas Resoluciones de la SRT<sup>3</sup> – en relación directa con

el trámite ante las Comisiones Médicas Jurisdiccionales en relación con la enfermedad COVID-19 producida por el coronavirus SARS-CoV-2 (ahora con alteraciones en las cepas que amplía la dificultad fáctica, preventiva y terapéutica) ha sido complementada por las siguientes normas:

En primer lugar, hay que destacar que conforme el art. 12 de la Resolución 38/20 el procedimiento especial establecido en el trámite administrativo previsto en los artículos 3º y 4º del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 367/20, será de aplicación excluyente de los procedimientos previstos en las normas que regulen otros trámites ante las Comisiones Médicas. En razón de ello resultarán inaplicables al procedimiento regulado por la resolución todos los preceptos que se le opongan, establecidos en otras normas, así como en el Decreto N° 717 de fecha 28 de junio de 1996, con las reformas introducidas por el Decreto N° 1.475 de fecha 29 de julio de 2015, y las Resoluciones S.R.T. N° 179 de fecha 21 de enero de 2015 y N° 298/17.

En definitiva, estamos frente a una nueva contingencia con trámite propio lo que hizo que en diversas exposiciones el Dr. Carlos Toselli la denominara “la cuarta contingencia” por fuera de los previstos para los accidentes de trabajo, enfermedades profesionales listadas y enfermedades profesionales no listada.

En tal sentido en el marco fáctico-médico es importante destacar, como previo, que la OIT estableció que la enfermedad del COVID-19 como, asimismo, el trastorno de estrés postraumático contraídos por exposición en el trabajo podría (potencial en el documento de OIT) considerarse como enfermedades profesionales.

Ahora bien, dentro de las Resoluciones que complementan y modifican la R 38/20 la SRT dictó la Resolución 10/21 de fecha 16 de marzo de 2021 a fin de establecer el procedimiento especial de actuación para la declaración del COVID-19 como enfermedad profesional -no listada- en los términos del D.N.U. 39/21 que al modificar y ampliar las presunciones legales motivó la necesaria adecuación del trámite administrativo.

Es importante destacar que el procedimiento especial establecido tanto en la Resolución 38/20 y en la Resolución SRT 10/21 para la determinación del carácter laboral del Covid-19 en cada caso particular, previsto en los artículos 3º del D.N.U. 367/20 y 7º del D.N.U. 39/21, son de aplicación excluyente de los procedimientos previstos en las normas que regulen otros trámites ante las Comisiones Médicas<sup>4</sup>.

Es claro que en todo lo no reglamentado por la SRT R 10/21 la SRT R 38 estaría vigente.

En este sentido la SRT R 10/21 en mi lectura reemplaza a la SRT R 38/20 en la medida que se mantenga vigente el DNU o se amplíen el tiempo de vigencia de sus soluciones en una nueva norma.

2 El DNU 667/20 fue complementado por las siguientes normas  
Resolución Sintetizada 118/2020 SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACION 15-may-2020 SEGUROS COBERTURA DE RIESGOS DE TRABAJO  
Resolución 987/2020 MINISTERIO DE SALUD 08-jun-2020 MINISTERIO DE SALUD PLAN NACIONAL DE CUIDADO DE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DE LA SALUD  
Disposición 5/2020 SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO 19-ago-2020 SUPUESTOS DE DENUNCIA DE ENFERMEDAD COVID-19  
Resolución 42/2020 HONORABLE SENADO DE LA NACION 30-oct-2020 HONORABLE SENADO DE LA NACION DECRETO 367/2020 - DECLARACION DE VALIDEZ  
Decreto DNU 875/2020 PODER EJECUTIVO NACIONAL (P.E.N.) 07-nov-2020 AISLAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO Y DISTANCIAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO  
Decreto DNU 39/2021 PODER EJECUTIVO NACIONAL (P.E.N.) 23-ene-2021 EMERGENCIA PUBLICA EN MATERIA OCUPACIONAL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA N° 34/19 - AMPLIASE PLAZO  
Decreto DNU 34/21 (P.E.N.) 23-ene-2021 EMPLEADOR/ES ACTIVIDAD SALUD EXTIENDE BENEFICIO SOBRE CONTRIBUCIONES PATRONALES

3 Resolución 40/2020 SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO 30-abr-2020 MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. PRESENTACIONES DE TRAMITES ANTE COMISIONES MEDICAS  
Disposición 3/2020 GERENCIA DE CONTROL PRESTACIONAL 21-may-2020 SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO ASEGURADORAS DE RIESGOS DEL TRABAJO - DOCUMENTACION RESPALDATORIA  
Disposición 5/2020 SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO 19-ago-2020 SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO SUPUESTOS DE DENUNCIA DE ENFERMEDAD COVID-19  
Resolución 8/2021 SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO 15-mar-2021 SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO SECRETARIOS TECNICOS LETRADOS - AUTORIZACION  
Resolución 10/2021 SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO 16-mar-2021 SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO DENUNCIA DE CONTINGENCIA

4 Por tanto, son inaplicables las siguientes normas: Decreto N° 717 de fecha 28 de junio de 1996, con las reformas introducidas por el Decreto N° 1.475 de fecha 29 de julio de 2015, y las Resoluciones S.R.T. N° 179 de fecha 21 de enero de 2015 y N° 298/17



En ese contexto queda la duda sobre si se alterarían las presunciones y se volviera al esquema original del DNU 667/20. Como de costumbre lo inmediato supera la previsión de ordenar un esquema previsible que no sea una respuesta casi espasmódica a cada situación fáctica.

Veamos un poco las disposiciones de la normativa destacando que originalmente la R SRT 38/20 y luego la R SRT 10/21 en los artículos 7, 8, 9 y 10 repiten innecesariamente las disposiciones de la Resolución SRT 90/19 vigente a partir del 1 de febrero de 2019 en cuanto a la necesidad de patrocinio letrado, domicilios conforme R SRT 22/18 y recursos oponibles en particular el directo ante la justicia cuyo plazo y requisitos formales no están claros ni en el acta 2669 de la CNAT ni las leyes de adhesión provinciales.

## II. ASPECTOS CENTRALES DEL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN LA R SRT 10/21

En cuanto al procedimiento en sí se establece en el artículo 1° que los/las trabajadores/as damnificados/as o sus derechohabientes deberán acreditar ante la ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO (A.R.T.) o el EMPLEADOR AUTOASEGURADO (E.A.) los siguientes requisitos de carácter formal:

1. Estudio de diagnóstico de entidad sanitaria incluida en el REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD (R.E.F.E.S.) creado por la Resolución del MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN (M.S.N.) N° 1.070 de fecha 26 de junio de 2009, con resultado positivo por coronavirus COVID-19, debidamente firmado por profesional identificado y habilitado por la matrícula correspondiente.
2. Descripción del puesto de trabajo, funciones, actividades o tareas habituales desarrolladas, así como las jornadas trabajadas fuera del domicilio particular del trabajador, entre los TRES (3) y CATORCE (14) días previos a la primera manifestación de síntomas.
3. Constancia otorgada por el empleador, que como Anexo de Firma Conjunta IF-2021-21059535-APN-GACM#SRT forma parte de la presente resolución, a los efectos de la certificación de la prestación efectiva de tareas en el lugar de trabajo, fuera del domicilio particular del trabajador, entre los TRES (3) y CATORCE (14) días previos a la primera manifestación de síntomas.
4. En caso de que el trabajador/a no manifestara síntomas deberá acreditar la prestación efectiva de tareas durante una o más jornadas, fuera de su domicilio particular, entre los TRES (3) y CATORCE (14) días previos a la realización del estudio diagnóstico previsto en el acápite I. precedente.

Luego, se determina que las controversias que pudieran suscitarse respecto del cumplimiento de los requisitos formales de la denuncia previstos en el artículo 1° de la presente resolución deberán resolverse con intervención de la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO (S.R.T.), a cuyos fines el/la trabajador/a su representante podrá llevar a cabo la presentación correspondiente ante el DEPARTAMENTO DE ATENCIÓN AL PÚBLICO Y GESTIÓN DE RECLAMOS del Organismo, con arreglo al principio general de informalismo consagrado en el artículo 1° de la Ley N° 19.549.

Se establece que las presentaciones efectuadas serán resueltas dentro de un plazo máximo, improrrogable y perentorio de CUARENTA Y OCHO (48) horas, mediante la opinión técnica vinculante de la GERENCIA DE ASUNTOS JURÍDICOS Y NORMATIVOS de la S.R.T., que, en caso de silencio, implicará la admisibilidad de la correspondiente denuncia. Esta solución es claramente en vías de prever la razonable congestión que se va a producir dado el volumen de casos verificados y los que podrían generarse en la denominada “segunda ola” vinculada con la modificación de la cepa que produce la enfermedad.

En cuanto al procedimiento en sí mismo una vez obtenida el alta – es decir cesada la Incapacidad Laboral Temporal (I.L.T.)-, y verificada la denuncia de la contingencia en el REGISTRO DE ENFERMEDADES PROFESIONALES creado por la Resolución S.R.T. N° 840 de fecha 22 de abril de 2005, el trámite para la determinación definitiva del carácter profesional de la enfermedad COVID-19 producida por el virus SARS-CoV-2 podrá ser iniciado por el/la trabajador/a, sus derechohabientes o su apoderado/a.



Esta solución es claramente similar, no igual, a las denominadas enfermedades no listadas y al procedimiento – aunque claramente modificado – previsto para las mismas en el mencionado artículo en la ley 24.557 dado que en estas el último dictamen es siempre de la Comisión Médica Central aunque tiene previamente uno de la Comisión Médica Jurisdiccional lo que no sucede en este caso.

En los casos de fallecimientos, además de las personas mencionadas, se encontrarán legitimados activamente para iniciar el trámite la A.R.T o el E.A.

El trámite se iniciará conforme ya lo prevé la R SRT 38/20 a través de la Mesa de Entradas de la COMISIÓN MÉDICA JURISDICCIONAL (C.M.J.) correspondiente al domicilio del trabajador/a o mediante la MESA DE ENTRADAS VIRTUAL implementada por la Resolución S.R.T. N° 44 de fecha 15 de mayo de 2020, en el caso de la parte trabajadora, y a través de la Ventanilla Electrónica implementada por la Resolución S.R.T. N° 635 de fecha 23 de junio de 2008, en el caso de la A.R.T. o el E.A.

Se distingue en cuanto al procedimiento las constancias que se deben acompañar:

a) Para el caso de que el trámite lo inicie el trabajador o sus derechohabientes:

1. Escrito de presentación con correspondiente patrocinio letrado (si no lo hubiere debe seguirse el procedimiento previsto en la R SRT 298/17 en cuanto proveer el mismo), que deberá contener:

a) Descripción del puesto de trabajo, funciones, actividades o tareas habituales desarrolladas efectivamente en el lugar habitual de trabajo, fuera del domicilio particular, en los términos del artículo 7° del Decreto de Necesidad y Urgencia (D.N.U.) 39 de fecha 22 de enero de 2021 y de la presente resolución, así como las jornadas trabajadas entre los TRES (3) y CATORCE (14) días previos a la primera manifestación de síntomas (Declaración Jurada Anexo de Firma Conjunta IF-2021-21059535-APN-GACM#SRT).

b) El fundamento de la relación de causalidad directa e inmediata de la enfermedad denunciada COVID-19 con el trabajo efectuado, en caso de corresponder.

2. El D.N.I. del/a trabajador/a (copia o escaneado de anverso y reverso).

3. El D.N.I. y Matrícula del/a abogado/a patrocinante (copia o escaneado de anverso y reverso). El requisito del DNI parece excesivo, pero no genera ningún retraso. ". En este contexto el/la trabajador/a o sus derechohabientes deberán constituir domicilio electrónico por medio de su abogado/a patrocinante conforme Resoluciones S.R.T. N° 22/18y S.R.T. N° 82/20 a cuyas disposiciones me remito. de fecha 16 de diciembre de 2020. Se establece asimismo en previsión del excepcional supuesto de que por dificultades de índole técnica hubiera imposibilidad de utilizar la Ventanilla Electrónica, el/la trabajador/a damnificado/a o sus derechohabientes, junto con su letrado/a patrocinante deberán en su pri-



mera presentación constituir también un domicilio postal, donde se tendrán por válidas todas las notificaciones que efectúe la Comisión Médica Central.

4. Declaración Jurada del empleador en los términos del artículo 1º de la presente resolución (Anexo Firma Conjunta IF-2021-21059535-APN-GACM#SRT).
  5. Historia Clínica de la enfermedad COVID-19, para el supuesto de haber recibido tratamiento médico asistencial a través de Obra Social o en prestadores públicos o privados.
  6. Constancia de Alta Médica otorgada por la A.R.T. o el E.A. de conformidad con lo dispuesto por la Resolución S.R.T. N° 1.838 de fecha 1º de agosto de 2014 y complementarias. Este aspecto me parece importante en cuanto al cumplimiento del procedimiento allí previsto.
  7. Acta de defunción en supuestos de fallecimiento.
  8. Toda otra documentación de la que intente valerse a efectos de acreditar la invocada relación de causalidad.
- b) Para el caso de que el trámite lo inicie la A.R.T. o el Empleador Autoasegurado:
1. Denuncia de la contingencia en los términos del artículo 1º de la presente resolución.
  2. Estudio de diagnóstico emitido por entidad sanitaria autorizada con resultado positivo por Coronavirus COVID-19.
  3. Declaración Jurada del empleador en los términos del artículo 1º de la presente resolución (Anexo Firma Conjunta IF-2021-21059535-APN-GACM#SRT).
  4. Constancia del Patrocinio Letrado constituido por los derechohabientes.
  5. Historia clínica de la contingencia en donde conste atención médico asistencial que hubiera sido brindada por parte de la A.R.T. o el E.A.
  6. Acta de defunción.
  7. Informe de análisis del puesto de trabajo por el Área de Prevención de la A.R.T. o el E.A. y en donde conste profesional interviniente, título habilitante y matrícula. Dicho informe reviste carácter meramente potestativo debido a lo cual, en caso de no ser presentado, se considerará no controvertido lo manifestado por el trabajador.
  8. Toda otra documentación de la que intente valerse a los efectos de desvirtuar las presunciones previstas en el artículo 7º del D.N.U. N° 39/21, cuando ello así lo amerite.

De la presentación efectuada se correrá traslado mediante Ventanilla Electrónica por el plazo de CINCO (5) días hábiles a la contraparte la que deberá acompañar la documentación prevista según corres-

ponda. Las A.R.T., los E.A. y los empleadores serán notificados mediante “e-Servicios S.R.T. - Sistema de Ventanilla Electrónica” en los términos de las Resoluciones S.R.T. N° 635/08 y N° 365/09. El silencio por parte de la A.R.T. o el E.A. presume el consentimiento y habilita la prosecución de las actuaciones.

Todas las notificaciones que se cursen a las partes mediante Ventanilla Electrónica conforme lo dispuesto en el presente artículo se tendrán por fehacientes y legalmente válidas.

Los plazos, salvo disposición expresa en contrario, deberán computarse en días hábiles administrativos y a partir del día siguiente de la correspondiente notificación.

Una vez cumplimentado el traslado o vencido el plazo para hacerlo se deberán elevar las actuaciones a la COMISIÓN MÉDICA CENTRAL (C.M.C.) único órgano administrativo autorizado a establecer el carácter de enfermedad con relación causal entre la enfermedad denunciada y la ejecución del trabajo ante el diagnóstico confirmado COVID-19.

La Comisión Médica Central deberá proceder a la emisión del Dictamen en el mismo plazo que el previsto en la R SRT 90/19. Es decir, dentro de los TREINTA (30) días de elevadas las actuaciones a su consideración.

El dictamen, al igual que en todos los casos conforme R SRT 90/19, deberá estar fundamentado con estricto rigor científico y apego a la normativa vigente, contando con la previa intervención del/a Secretario/a Técnico/a Letrado/a, quien se expedirá sobre la legalidad del procedimiento en el marco de sus competencias, así como respecto de la relación de causalidad invocada entre el agente de riesgo SARS-CoV-2 y la tarea desarrollada por el/ la trabajador/a.

La Comisión Médica Central podrá ordenar, al igual que en las previsiones de la R SRT 90/19, medidas para mejor proveer cuando los antecedentes no fueran suficientes para emitir resolución y disponer la prórroga de los plazos para emitir dictamen por el término de QUINCE (15) días.

Los recursos administrativos son similares a los previstos en la RSRT 90/19.

- 1) Dentro de los TRES (3) días hábiles administrativos contados desde la notificación del Dictamen de la Comisión Médica Central las partes podrán solicitar mediante presentación por Ventanilla Electrónica, la rectificación de errores materiales o formales, siempre que la enmienda no altere lo sustancial del acto administrativo observado o requerir a través de la Ventanilla Electrónica la revocación del Dictamen por existir contradicción sustancial entre su fundamentación y conclusión u omisión en resolver alguna de las peticiones o cuestiones planteadas.

Estos recursos deberán ser resueltos por la Comisión Médica Central dentro de los TRES (3) días de presentados y notificados a todas las partes y no interrumpe el plazo para oponer el Recurso de Apelación



2) El decisorio de la Comisión Médica Central emitido en ejercicio de la competencia originaria conferida por el artículo 3° del D.N.U. N° 367/20 y el artículo 7° del D.N.U. N° 39/21, será recurrible en los términos de lo previsto en el artículo 46 de la Ley N° 24.557 y el artículo 2° de la Ley N° 27.348, mediante recurso directo, por cualquiera de las partes, ante los tribunales de alzada del fuero laboral de la jurisdicción correspondiente o, de no existir éstos, ante los tribunales de instancia única que resulten competentes. El recurso deberá interponerse dentro de los QUINCE (15) días hábiles administrativos cumpliendo con las exigencias formales dispuestas a tales efectos en cada jurisdicción( toda la regulación es idéntica a la prevista en la R SRT 90/19) . Esta disposición puede entrar en claro conflicto con las leyes de adhesión de diversas provincias que prevén un plazo y forma de interposición distinto.

### III. EPÍLOGO

Al igual que la R SRT 38/20 el procedimiento en sí mismo no aparece como complejo, pero los términos de la acreditación de la relación de causalidad mantienen una alta dificultad que se subsana en parte por lo dispuesto por el DNU 39/21 durante su vigencia.

El SARS-CoV-2 no es un virus artificial, sino que ha surgido por selección natural a partir de otros del género Betacoronavirus, dentro de la familia Coronaviridae. Su genoma (una cadena de ARN de unos 29.900 nucleótidos de longitud) muestra

diferentes porcentajes de similitud de secuencia con respecto a los otros seis coronavirus humanos conocidos. Entre ellos hay dos que se hicieron tristemente famosos en los primeros años de este siglo: el SARS-CoV-1, causante de la epidemia del síndrome respiratorio agudo grave (SARS) en 2002, y el MERS-CoV, que produjo la epidemia del síndrome respiratorio de Oriente Medio en 2012.

En ese contexto la acreditación de la relación de causalidad y el efectivo mecanismo de contagio es de una alta dificultad lo que me parece motivó el DNU 39/21, modificadorio de las presunciones y cargas probatorias originales del DNU 667/20, más allá de la vigencia final del último decreto de Necesidad y Urgencia.

De la comparación entre el artículo 6.2.b y su trámite conforme R SRT 298/17, la R SRT 90/19 y la R SRT 10/21 puede verificarse que la diferencia sustancial es que al resolverse sólo en la Comisión Médica Central no existe diferencia entre las distintas jurisdicciones del país.

El requisito del patrocinio letrado en los demás trámites regulados en la R SRT 298/17 es imprescindible en las provincias de Córdoba, Buenos Aires, CABA, Mendoza, Misiones, Chaco, Entre Ríos, Corrientes, San Juan, Río Negro, Tierra del Fuego y Salta. Para el resto del país no es necesario iniciar el trámite con un abogado. En el caso de esa contingencia es siempre necesario dado que no requiere adhesión provincial para ser operativo.

Ello dado que procedimiento previsto en la R SRT 10/2021 es absolutamente excluyente de cualquier otro que pudiera estar regulado por la SRT. Al menos mientras mantenga vigencia la solución del DNU 39/21 y sus eventuales prórrogas.





Carla Saad<sup>1</sup>

# DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

y el ejercicio de sus derechos en el trabajo... **¿Una utopía?**



<sup>1</sup> Investigadora (Cat. II) -Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales- CIJS Unidad Ejecutora Conicet, Facultad de Derecho- UNC. Miembro del Banco de Evaluadores de Extensión de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro evaluadora de becas y subsidios por la Facultad de Derecho ante SECYT - UNC. Directora de Proyectos de investigación y extensión relacionados con discapacidad, derechos y empleo.



## I. INTRODUCCIÓN

La participación de las personas con discapacidad en el trabajo dependiente necesita de políticas inclusivas aplicadas al acceso y mantenimiento de la relación del trabajo, como también a la protección frente al despido arbitrario. Las normas de derecho interno deben su armonización con preceptos del Derecho Internacional que cambiaron el paradigma del concepto discapacidad. Mientras tanto, con el sistema normativo laboral que rige, nos resulta importante plantearnos encuadres y posibles interpretaciones frente a situaciones que atañen al empleo decente de una persona con discapacidad.

En busca de una sociedad inclusiva la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible<sup>2</sup>, identifica a las personas con discapacidad como uno de varios grupos de personas vulnerables que deben ser empoderadas, por ello, como Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) se hace referencia explícita a la discapacidad en una serie de metas relacionadas con el mercado laboral y sus indicadores asociados. Esto es así porque según el *Informe mundial sobre discapacidad*<sup>3</sup> publicado por la Organización Mundial de la Salud y el Banco Mundial (2011) se sostiene que las personas con discapacidad representan aproximadamente un 15% de la población mundial de ese porcentaje, presagiando que “en los años futuros, la discapacidad será un motivo de preocupación aún mayor, pues su prevalencia está aumentando”. El estudio revela que a pesar que alrededor del 80 % están en edad de trabajar, las personas con discapacidad se enfrentan a barreras actitudinales, físicas y de la información que dificultan el disfrute a la igualdad de oportunidades en el mundo del trabajo.

A pesar de los escasos datos estadísticos disponibles, en Argentina se realiza en el 2018 un “Estudio nacional sobre el Perfil de las Personas con Discapacidad”, elaborado por el INDEC<sup>4</sup>. Según el análisis de Mini<sup>5</sup>, el informe concluye que “en el país hay 3.571.983 personas que sufren algún tipo de limitación física o intelectual, lo que implica que más del 25% de los hogares tiene, al menos, a un integrante con esta condición. Representan un 10% de la población total de 6 años en adelante y casi el 17% está en edad de trabajar. La tasa de inactividad entre estas personas es del 64,1%.

Las cifras arrojadas por este estudio son elocuentes: para las PCD con discapacidad en la Argentina, el derecho a un trabajo, es uno de los más vulnerados, tanto que solo un 32,2%, de las personas del colectivo en edad laboral logra acceder a un empleo.

Los números presentan marcadas diferencias según sexo y edad. Mientras la ocupación en los

hombres supera el 40%, en las mujeres es de 25,8%. En cuanto a las edades, el grupo con mejor desempeño va de los 30 a los 49 años, con una actividad del 64,3% y una tasa de empleo de casi 58%. Del 32,2% que consiguió ingresar al mundo laboral, el 66% se desempeña en el sector privado y el 34%, en el público”.

El artículo es un primer acercamiento al tema que nos convoca que, sin pretender agotarlo, parte desde la descripción del cambio de paradigma sobre la comprensión de la discapacidad, pasando por el reconocimiento de los derechos humanos como norma que integra el bloque constitucional argentino, para acercarnos al señalamiento de algunos puntos a considerar en la defensa de los derechos laborales de las personas con discapacidad.

## II. LOS LLAMADOS MODELOS DE LA DISCAPACIDAD Y SU INFLUENCIA EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO

En la actualidad nos encontramos con un sistema normativo cuya falta de armonización con la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (CDPD) transitan por la diferencia de concepción que sobre discapacidad postulan dos modelos: el modelo médico rehabilitador y el modelo social. Modelos que vienen del análisis sociológico de la discapacidad pero que, sin dudas, tienen una especial importancia en el análisis complejo del derecho y en especial en los instrumentos jurídicos que forman el sistema protectorio de la discapacidad.

Si bien es cierto que el modelo social fue superado con concepciones avanzadas, hemos sostenido que dicho modelo cobra importancia como un cambio de paradigma sobre el concepto “discapacidad” que, con la participación de los propios actores del colectivo<sup>6</sup>, se impulsó para cambiar la mirada médica y tiene especial importancia al momento de dictar la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* en el seno de las Naciones Unidas.

Es válido afirmar que el modelo médico<sup>7</sup> define la persona con discapacidad como un sujeto biológico, enfermo e impedido, y será objetivo del modelo realizar los esfuerzos necesarios en torno a la nor-

<sup>2</sup> Adoptada por los Estados Miembros de las Naciones Unidas en diciembre del 2015.

<sup>3</sup> [https://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/es/](https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/), búsqueda del 15/3/2021.

<sup>4</sup> La muestra se realizó en las localidades urbanas de 5000 y más habitantes de todo el territorio nacional. Se visitaron alrededor de 41.000 viviendas particulares, mediante la metodología de entrevista directa, utilizando tabletas digitales. Estudio disponible en [https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/poblacion/estudio\\_discapacidad\\_12\\_18.pdf](https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/poblacion/estudio_discapacidad_12_18.pdf), búsqueda 20/3/2021.

<sup>5</sup> Análisis de la Profa. Emma Mini para el proyecto de investigación radicado en el CIPS sobre discapacidad y trabajo.

<sup>6</sup> El modelo reconoce sus orígenes a finales de los años 60 con la participación del Movimiento de Vida Independiente desde la Universidad de Berkeley (California, USA) cuyas influencias llegan a Inglaterra

<sup>7</sup> Para profundizar sobre el modelo se puede consultar: PEREZ DALMEDA, María Esther- CHHABRA, Gagan. “Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas”, *Revista Española de Discapacidad*, 7 (1), 2019, ps.7-27; PALACIOS, Agustina - FERNANDEZ, Silvia - IGLESIAS, María Graciela. *Situaciones de discapacidad y Derechos Humanos*, Thomson Reuters-La Ley, CABA, 2020; entre otros.



malización del sujeto, es decir, a su rehabilitación que le permita gozar -lo más próximo posible- de estándares preestablecidos científicamente como índices de normalidad. El objetivo es rehabilitar a las personas impedidas con independencia del origen de las deficiencias. Sostiene Velarde Lizama<sup>8</sup> que como efecto de esta concepción, desde el punto de vista político y jurídico la discapacidad se enmarcaría dentro de la legislación de asistencia y la seguridad social, o como parte de ciertas cuestiones del derecho civil relacionadas con la menor capacidad, la incapacitación y la tutela.

En cambio, el *modelo social*<sup>9</sup>, cambia el paradigma pensando a la discapacidad como una consecuencia de la sociedad que discapacita al individuo al imponer barreras que imposibilitan el desarrollo de las personas en iguales oportunidades que las demás. Hemos caracterizado en otros análisis<sup>10</sup> que los elementos fundantes del *modelo social* son:

- Considerar a la persona en sociedad.
- Considerar la discapacidad como una construcción social- barrera social que puede ser eliminada.
- Autonomía personal.

8 VELARDE LIZAMA, Valentina. "Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico", *Revista Empresa y Humanismo*, Vol XV, n°1, Navarra, 2012, pág. 125.

9 Para profundizar sobre el modelo se puede consultar: BUCHART, Tania. "Capabilities and Disability: The capabilities framework and the Social Model of Disability", *Disability & Society*, 19 (7), Editorial Taylor & Francis (Routledge), págs. 735-751; BARNES, Colin- OLIVER, Mike. "Disability: A Sociological Phenomenon Ignored by Sociologists", junio 1993, <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/Barnes-soc-phenomenon.pdf> (consulta del 15 de julio de 2020); PALACIOS, Agustina. El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad, 1era. Edición, CERMI-Editiones Cinca, Madrid, 2008; entre otros.

10 Del análisis del modelo social en oportunidad de estudiar las problemáticas relacionadas con el empleo de las personas con discapacidad, ver SAAD, Carla - MINI, Emma. "Discapacidad, economía y estrategias legales como modo de inclusión de las PCD en el mercado de trabajo" en REY PÉREZ, José Luis - MATEO SANZ, Lourdes. El empleo de las personas con discapacidad: oportunidades y desafíos, Dykinson SL, Madrid, 2018, págs.95/109; SAAD, Carla. "Una cuestión de Derechos Humanos: Acceso al trabajo de personas con discapacidad", *Revista de la Facultad*, Vol.IX, N°1 (2018), Nueva Serie II, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, págs. 237-252; SAAD, Carla. "El Modelo Social y el seguimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para Sudamérica - avances y retrocesos", aprobado para su publicación en *Anuario CIJS*, en prensa; SAAD, Carla. "Capacidad restringida y el derecho de revisión en favor de la persona con discapacidad", *Revista de la Facultad*, Vol. XII, N°1, Nueva Serie II (2021), aprobado para su publicación, en prensa.

- Respeto por la autodeterminación.
- Igualdad de oportunidades (igualdad material).
- Eliminación de todo tipo de discriminación.

Entonces, la discapacidad sería un hecho social en que las características médicas y biológicas tienen importancia en la medida en que evidencian la incapacidad de la sociedad de dar respuesta a sus necesidades.

Podemos afirmar que desde este cambio de paradigma la discapacidad es tratada bajo un nuevo enfoque, como una cuestión de derechos humanos y que dicha concepción influencia decididamente en la construcción de las nuevas normativas sobre reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad. Efecto importante de este modelo es la aprobación en la Asamblea General de las Naciones Unidas de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (CDPD) que entra en vigor en el año 2008 y se convierte en el mayor estándar de protección en reconocimiento de derechos. Palacios<sup>11</sup> relaciona el modelo con el Tratado internacional demostrando que éste refleja el modelo social de discapacidad desde su Preámbulo, los principios de la Convención, el concepto discapacidad, el papel de las barreras sociales como discapacitantes, la accesibilidad, los ajustes razonables, todo de decidida influencia en la construcción e interpretación de las normas de derecho interno de los países adherentes. Sin embargo, el cambio paradigmático del modelo médico al modelo social -a pesar de haberse reflejado en un instrumento legal como la CDPD- necesita de una deconstrucción de la discapacidad, un cambio profundo y complejo que abarca las miradas políticas, sociales, culturales y económicas, un cambio que todavía no se ha completado coexistiendo -también en las construcciones normativas- ambos modelos.

11 PALACIOS, Agustina - FERNÁNDEZ, Silvia - IGLESIAS, María Graciela. *Situaciones de discapacidad y derechos humanos*, Ed. Thomson Reuter, La Ley, CABA, 2020, p.19 a 33.



### III. SOBRE EL TRABAJO DEPENDIENTE EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CDPD)

La CDPD y su protocolo facultativo es aprobado por ley 26378 -promulgada el 6 de junio de 2008-, más tarde, se le otorga jerarquía constitucional por ley 27044, promulgada el 11 de diciembre de 2014, en consecuencia, el Tratado comparte con la Constitución la jerarquía y la supremacía constitucional, integrando el núcleo de constitucionalidad abierto de los Tratados de Derechos Humanos.

El artículo 27 de la Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones que las demás y esto supone un conjunto de obligaciones de los poderes públicos y de los particulares, y una serie de derechos de éstas. El mencionado artículo indica los lineamientos que deben seguir las legislaciones internas respecto del empleo de las personas con discapacidad, desde allí sostenemos que es necesario armonizar la legislación del trabajo dependiente en torno a sostener e interpretar las acciones de discriminación por motivos de discapacidad respecto a todas las cuestiones relativas a las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad de la relación de empleo, la promoción profesional y condiciones de trabajo seguras y saludables. Además, proteger sus derechos respecto a obtener condiciones de trabajo justas y favorables; custodiar el derecho de igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, y la protección contra el acoso y la reparación de agravios.

Relacionando al trabajo dependiente con el principio de accesibilidad reconocido en la CDPD, se sostiene la necesidad realizar “ajustes razonables” para el trabajador con discapacidad en el lugar de trabajo y que, la denegación de éstos o su restricción es considerada causal de “discriminación por motivos de discapacidad”. Debido a las consecuencias que dicha calificación propone, es preciso determinar que se entiende por “ajustes razonables”. En términos del art. 2 de la CDPD, serán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.





## IV. ALGUNOS PUNTOS A CONSIDERAR EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS LABORALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En la actualidad carecemos de una *política de acceso al trabajo por cupo en el empleo privado*, es decir, no existe ninguna norma ni convención que prevea el ingreso por cupo a empresas. Sin embargo, la ley 22431 del “Sistema de protección integral de los discapacitados”<sup>12</sup> agrega una especie de “cupo indirecto” extendiendo la obligación hacia las empresas privadas concesionarias de servicios públicos. En estos casos, también las empresas concesionarias tienen la obligación de ocupar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) de la totalidad de su personal y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser exclusivamente ocupados por ellas.

Respecto del cupo, pero del derivado de la ley provincial 5624 (ref. por ley 8834), se establece el deber de reserva por parte de la administración pública, organismos descentralizados o autárquicos, entes públicos no estatales y empresas del Estado, como mínimo, un cupo del 5% de su planta de personal, cargos destinados a ser cubiertos por personas con discapacidad. Impuesta la obligación y verificado el incumplimiento, cabe al afectado el inicio de acciones respecto de su incorporación fundada en discriminación pretendiendo un puesto dentro del “cupo” legal. Sin embargo en un reciente fallo<sup>13</sup>, el TSJ sostuvo que la falta de reglamentación respecto de los modos y las formas en que ese cupo debe ser cubierto exime a la empresa de la contratación inmediata del actor (persona con discapacidad) en virtud que “Conviene insistir en esto: en el marco de los preceptos constitucionales, convencionales y legales vigentes, es obligación de los órganos comprendidos por la ley en cuestión instrumentar las disposiciones normativas pertinentes que pongan en marcha esos derechos, en forma inmediata o progresiva, según las circunstancias de oportunidad, mérito y conveniencia que deberán ser ponderadas en concreto. Es decir que, efectivamente, en este caso no existe un derecho subjetivo a la designación inmediata, sino una mera expectati-

<sup>12</sup> Es de destacar la dispar terminología usada por las leyes. Todavía subsisten términos que hacen referencia a los “discapacitados” - como es el caso de la ley 22431- en contra de las nuevas designaciones que separan la situación de discapacidad de la persona. En este sentido, la CDPD sostiene el término “personas con discapacidad” separando la condición que, de ninguna manera, califica al individuo y reafirmando a la persona como sujeto de derechos humanos. La expresión “persona con discapacidad” proviene de la Convención y responde a un modelo que pone en primer lugar a la persona. Desde la visión propuesta, la discapacidad queda definida por la relación de la persona con las barreras que le pone el entorno social. La terminología surge del consenso de los estados miembros de la ONU e instituciones y organizaciones no gubernamentales de personas con discapacidad que participaron en la redacción de la Convención, y responde a una concepción fundada en el modelo social que la inspira convirtiéndose en la terminología para designar este heterogéneo colectivo, por lo menos en su dimensión jurídica.

<sup>13</sup> TSJ, Cba. “Diez, Alfredo Hugo c/ Empresa Provincial de Energía de Córdoba - EPEC - amparo -recurso de apelación”, fallo del 12 de abril de 2019.



va o interés legítimo a que, en el marco de una reglamentación general, objetiva e igualitaria, en alguna oportunidad, pueda tener la posibilidad de acceder a un cargo en virtud del cupo establecido". Sigue el fallo, "más allá de esta premisa, resulta oportuno recalcar que será atribución de la EPEC la mencionada reglamentación, porque, como lo ha sostenido la CSJN, resulta "incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno" o los órganos que, por mandato constitucional o legal, deben garantizar estas medidas o acciones positivas", termina el fallo imponiendo a la empresa reglamentar el mecanismo de selección que posibilite cumplir con el cupo fijado por la Ley n.º 5624 y demás disposiciones legales y estatutarias aplicables en un plazo de un año.

Para el supuesto de configuración de un despido por *discriminación por motivos de discapacidad*, la ley 20744 y modificatorias resguarda a todo trabajador de ser sujeto de trato discriminatorio cuando prohíbe el mismo (art.17 y 81) sin embargo, sostenemos que ante un caso de despido discriminatorio que comprenda otros supuestos como es el caso de la discapacidad, el encuadre debería ser la ley 23592 (ley antidiscriminación general) y en consecuencia existe la posibilidad que el trabajador discriminado solicite su reinserción al puesto ya que -si ello puede probarse- se puede determinar la nulidad del despido o bien solicitar que se lo indemnice por daño moral como consecuencia del acto ilícito del empleador.

Nos preguntamos ¿Cuál sería otro supuesto de *discriminación por motivos de discapacidad*? Parece claro a la luz de lo analizado en el título anterior, que frente a la solicitud del trabajador respecto de realizar los ajustes necesarios para adecuar la prestación a sus posibilidades, esta sea rechazada por el empleador. Pero la medida de ese ajuste debe ser "razonable". La misma Convención nos da la respuesta a la dimensión de lo "razonable" y es que "las modificaciones y adaptaciones" deben ser necesarias y adecuadas respecto del caso particular y no es un deber ilimitado, es decir no tiene que implicar una carga desproporcionada o indebida al empleador. Será prueba del caso concreto darle contenido al término "carga desproporcionada o indebida" ya que se trata de un concepto jurídico indeterminado.

Vale aclarar que, bajo el enfoque social dado por la CDPD, coincidimos con Cordeiro Gordillo<sup>14</sup> en afirmar que los denominados *ajustes razonables* constituyen un concepto clave para lograr la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en todos los ámbitos y, particularmente, en el ámbito del empleo y la ocupación. Recuerda la autora que las sociedades están diseñadas conforme a cánones de "normalidad" que no tienen en cuenta las particularidades de las personas con discapacidad por lo cual estos *ajustes razonables* se vuelven una herramienta indispensable para que la pretendida inclusión se convierta en realidad.

Otro tema que nos parece importante repensar en una relación de trabajo es como juegan los *presupuestos de restricción de capacidad* en el ámbito del empleo. Recordamos en este punto que la LCT a partir del artículo 32 regula la capacidad para celebrar contratos de trabajo siguiendo las pautas del Código Civil y Comercial. Para ello, reconoce plena capacidad laboral para contratar a partir de los 18 años con la posibilidad de celebrarlo cumplidos los 16 años con autorización de los padres. Respecto de la capacidad para administrar sus bienes, se ordena que desde los 18 años puedan administrar y disponer del producido del trabajo, agregando en la categoría a los bienes que adquieran con ello. Respecto de éstos los habilita para realizar los actos necesarios para su adquisición, modificación o transmisión de derechos.

Pero a estos supuestos debemos agregar la posibilidad que un trabajador sea una persona con capacidad restringida según las normativas del Código Civil y Comercial (arts. 31 a 50) - que intenta armonizar con los lineamientos dados por la CDPD en su art. 12 y cc.- como un caso en que ley general opera como ley supletoria respecto de la ley especial. En un esclarecedor análisis, Fernández<sup>15</sup> sostiene que las restricciones particulares al ejercicio de la capacidad, limitan a la persona exclusivamente en la extensión determinada en la sentencia, manteniendo la regla de la capacidad respecto a todos los actos que no han sido expresamente restringidos (arts. 32, 38 y concs.). Lo cierto es que desde el punto de vista de la relación de trabajo, la delimitación de los derechos y obligaciones de ambas partes deben valorarse en un todo conforme con el grado de autonomía de la voluntad que un trabajador tenga, previendo que el principio general es el de presunción de capacidad sin desconocer la posibilidad de su restricción, solo por manda judicial y respecto de los actos que han sido declarados expresamente en sentencia judicial, teniendo en cuenta que las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona.

Cuando una persona es restringida en el ejercicio de su capacidad, el juez debe designar el o los apoyos necesarios (art.32 CCyC) especificando sus funciones con los ajustes razonables, quienes deberán promover la autonomía y preferencias de la persona con discapacidad, para este caso, del trabajador. Advierte Calderón<sup>16</sup> que la designación de apoyos no implica la renuncia de la persona con discapacidad para tomar sus propias decisiones. Esta libertad también involucra la posibilidad de tomar decisiones erróneas, lo cual lo coloca en un pie de igualdad con todos los integrantes de la sociedad, quienes también deben aprender de sus errores.

Huelga decir que lo postulado es solo un comienzo de análisis que sirve a modo de presentación del tema, queda para un estudio posterior las conse-

14 CORDERO GORDILLO, Vanessa, "Una reflexión sobre los ajustes razonables en el ámbito laboral" en REY PÉREZ, José Luis y MATEO SANZ, Lourdes (Editores), *El empleo de personas con discapacidad: oportunidades y desafíos*, Dykinson S.L., Madrid, 2018, pág. 207.

15 FERNÁNDEZ, Silvia E. "La capacidad jurídica en el Código Civil y Comercial de la Nación" en PALACIOS, Agustina - FERNÁNDEZ, Silvia - IGLESIAS, María Graciela. Ob.cit. pág. 335.

16 CALDERON, Laura. "Autonomía de la voluntad de las personas con capacidad restringida y su impacto en las relaciones laborales", *Anuario CÍJS 2021*, en prensa.



cuencias del instituto respecto del cobro y administración del producido de su trabajo, las participaciones en el trabajo en relación a la restricción de la capacidad, la participación de los apoyos en la relación de trabajo, entre otros.

Para el supuesto de la *necesidad del trabajador con discapacidad de incoar judicial o administrativamente sus derechos laborales* nos encontramos también frente a un nuevo deber de los operadores jurídicos. Creemos también importante mencionar que el acceso a la justicia es un derecho humano que el Estado deberá garantizar, mediante la implementación de todas las medidas de accesibilidad que deban producirse con relación a las diversas situaciones que se presenten. En este sentido cobra especial relevancia garantizar la accesibilidad del sistema administrativo y judicial a fin que la persona con discapacidad pueda ejercer sus derechos, es decir en términos de la CDPD los condicionantes que puedan sufrir las personas para su participación deben ser superados no por la persona cuya participación está en juego sino por todos los operadores intervinientes, inclusive el juez, que deben buscar los modos y las formas necesarias para que se cumpla la ley en iguales condiciones que una persona sin discapacidad, realizando todas las adaptaciones para el caso concreto que permitan que se borren las barreras impuestas, generando las condiciones necesarias para que la persona pueda cumplimentar el trámite en resguardo de sus derechos. En este sentido, es dable recordar las “Cien Reglas de Brasilia”<sup>17</sup>

que en su sección segunda designa a los beneficiarios y, para el caso de las personas con discapacidad específica (párr.8) “se establecerán las condiciones necesarias de accesibilidad para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen igualdad de trato, reconocimiento como persona ante la ley, respeto de su autonomía, capacidad de actuar, seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación, sea ésta a través de cualquier medio tecnológico que requiera, atendiendo la brecha digital y cultural”.

Entonces nos encontramos con la posibilidad de repensar la función de los operadores del derecho, abogados litigantes, empleados, funcionarios y agregamos el deber de los jueces de adecuar sus prácticas tornando el acceso a la justicia accesible e inclusivo, tarea que deberá ser acompañada por políticas judiciales que -como fueron reconocidas en las Reglas de Brasilia- garanticen las condiciones de acceso efectivo, sin discriminación alguna, directa ni indirecta, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que les permitan a las personas con discapacidad, el pleno reconocimiento y goce de los Derechos Humanos que les son inherentes ante los sistemas judiciales.

<sup>17</sup> Para ampliar ver: Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador). <http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilia/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilia/item/817-cien-reglas-de-brasilia-actualizadas-version-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito>, búsqueda 11/04/2021.



## V. UNA REFLEXIÓN FINAL

La inclusión de las personas con discapacidad como fuerza de trabajo en el empleo privado sigue siendo una deuda en nuestro país. Reconocer que la sociedad es la que impone barreras sociales que impiden el desarrollo de las personas con discapacidad, nos hace repensar la relación empleador-trabajador desde las posibles barreras que puede encontrar esta persona en una relación de trabajo dependiente.

El derecho al trabajo, entendido como un derecho humano, es un factor inexorable de progreso personal e inclusión social, entonces el sistema legal de regulación del empleo debe ser adecuado a la normativa internacional de derechos humanos en el ordenamiento jurídico argentino dada por el art. 75 incs. 22 de la Constitución Nacional. Mientras la armonización pretendida se articula, el conjunto de derechos y obligaciones de las relaciones de trabajo dependiente de una persona con discapacidad deben ser interpretadas a la luz de los preceptos de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* que integra el bloque constitucional.





Marcelo J. Salomón<sup>1</sup>

# CONSTITUCIÓN NACIONAL Y FUERZAS DE SEGURIDAD:

La férrea negación  
de la C.S.J.N. a la  
sindicalización de  
sus integrantes



---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales; Docente, por concurso, de Derecho Constitucional y Docente, por concurso, de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Facultad de Derecho, U.N.Cba.; Profesor regular, por concurso, de Derecho del Trabajo, U.N.V.M.; Investigador SECyT (Categoría III). Vocal de la Cámara del Trabajo, Poder Judicial de Córdoba.



## I. INTRODUCCIÓN

La llamada “sindicalización” de los integrantes de las fuerzas de seguridad no ha sido un tema mayormente abordado en la doctrina laboralista clásica, al punto tal que casi en su totalidad, se ha denegado tal posibilidad al considerar “funcionarios públicos” a los dependientes de las fuerzas de seguridad y como tal no verse arropados de los derechos laborales<sup>2</sup>.

Desde hace unos años, el tema ha tomado relevancia y cada vez se viene abriendo más camino en el ámbito académico<sup>3</sup>, en especial luego de que fuera abordado jurisprudencialmente por nuestra CSJN, la que por mayoría ha denegado el ejercicio de cualquier derecho sindical a los integrantes de las fuerzas de seguridad.

Entrego a las/os lectoras/es una sucinta descripción de las dos resoluciones del Tribunal Címero que abordaron el tema para luego exponer algunas reflexiones constitucionales que se disparan desde esa doctrina judicial.

## II. RESEÑA DE LA DOCTRINA ELABORADA POR LA C.S.J.N.

El Tribunal Címero, en dos sentencias dictadas en un lapso de tres años ha pulverizado la posibilidad de los derechos sindicales de los uniformados.

Con fecha 11/04/2017 se emitió el fallo en la causa “Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo”<sup>4</sup> (en adelante “Sipoba”) en la cual, por mayoría ajustada y con votos disidentes, se negó la existencia del derecho a sindicalizarse a los miembros de la policía de la provincia de Buenos Aires.

Posteriormente, con fecha 13/08/2020 se expuso resolución en la causa “Rearte”<sup>5</sup> (que tuvo su origen hace nueve años en tribunales cordobeses, con disímiles respuestas jurisdiccionales: en primera instancia se hizo lugar al reclamo de la

actora, en la Alzada se revocó la decisión, posición ratificada por el Tribunal Superior de Justicia de Cba.) nuevamente la Corte, con una mayoría acrecentada respecto al fallo “Sipoba”, deniega la sindicalización pedida.

### 2.1. DOCTRINA DE LA CAUSA “SIPOBA”

La sentencia constituye la primera referencia explícita y desarrollada sobre la materia en la historia de la doctrina judicial del Tribunal Címero. En el reclamo inicial -sostenido durante casi veinte años- un grupo de policías dependientes de la fuerza de seguridad de la provincia de Buenos Aires solicitaba la “simple inscripción gremial” (en el marco de la ley 23.551). Ante la denegatoria de la autoridad administrativa del trabajo, la vía apelativa fue resuelta por la Sala V de la CNAT, la que por mayoría, ratificó tal denegación.

En este primer precedente la CSJN ratifica, por mayoría de tres votos, la posición asumida por el Tribunal Revisor del acto administrativo y repelió la petición de los policías.

#### 2.1.1. LA POSICIÓN DE LA MAYORÍA

Los ministros Highton de Nolasco, Lorenzetti y Rosenkrantz, integran la mayoría y confluyen en un mismo voto, afincando su fundamentación en la falta de reconocimiento -tanto en el ámbito constitucional como en el de los DDHH- a la sindicalización de los integrantes de las fuerzas de seguridad (en este caso, policías).

La argumentación negatoria inicia su derrotero en los Considerando 6°, 7°, 8° y 9°, alegando que los derechos emanados del art. 14 bis deben ser observados bajo el llamado “principio de razonabilidad” (art. 28 y cc de la CN) del cual se deriva que algunos trabajadores pueden no gozar de tales prerrogativas. En los Considerando 10° y 11°, el voto mayoritario interpreta que Argentina, ejerciendo la facultad reglamentaria (art. 28 C.N.) ha dictado diferentes normas (ley 21.965, ley 23.328, ley 23.544 y ley 26.884) que ostentan la negación estatal al derecho sindical de las fuerzas de seguridad. Los jueces de la mayoría, al mismo tiempo, sostienen que esta posición renuente encuentra fundamento en los Instrumentos internacionales jerarquizados normativamente en el art. 75,22 de la C.N. Aseveran que el artículo 8, inciso 2 del PIDESC; el art. 22, inciso 2, del PIDCP; el art. 8°, inciso 2, del Protocolo de San Salvador y muy especialmente el artículo 16, incisos 2 y 3, CADH, lo avalan expresamente y concluyen que: “de acuerdo al derecho vigente aun después de adoptados los tratados mencionados precedentemente, el derecho a sindicalizarse de los miembros de la policía está sujeto a las restricciones o a la prohibición que surjan de la normativa interna” (cfr. Considerando 14°).

2 Para profundizar al respecto, puede verse un exquisito análisis del tema por parte de GARCÍA, Héctor Omar, “Sindicalización en las Fuerzas Armadas y de seguridad”, DT2014 (marzo), 545 - LA LEY 05/03/2014, 05/03/2014, I - LA LEY2014-B, 495 - LA LEY05/03/2014.

3 Entre otras valiosas opiniones, puede verse, MARCONETTO, María Teresa, “La libertad sindical en las fuerzas armadas y de seguridad”, Revista Derecho Laboral, Actualidad, 2011/1, ed. Rubinzal Culzoni, págs. 11 y ss.; CUARTANÇO, Gonzalo Oscar, “Sindicalización de las fuerzas de seguridad. Una aproximación a la situación jurídica y fáctica sobre este tema central”, Revista Derecho Laboral, Actualidad, 2017/2, ed. Rubinzal Culzoni, págs. 391 y ss.; AZOCAR, María Cristina, “El derecho de sindicalización del personal penitenciario de la Provincia de Córdoba. Interpretación legal y jurisprudencial en el contexto actual.” Revista 14 bis, Edición 59, ADTSS filial Cba, 2020, págs. 81 y ss.

4 CSJN 909/2010(46-S)/CSI- RECURSO DE HECHO - Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales.

5 CSJN 13 de Agosto de 2020, Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Rearte, Adriana Sandra y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/ amparo - recurso de apelación.



### 2.1.2. LA POSICIÓN DE LA MINORÍA

Los Ministros Maqueda y Rosatti disienten con la resolución y con la fundamentación de la mayoría; si bien entre sí arriban a una similar postura final, lo hacen con argumentos diferenciados y a través de votos propios.

El ministro Maqueda reconoce a las fuerzas de seguridad la existencia del derecho constitucional a sindicalizarse, entendiendo que el mismo encuentra aval en la C.N., en los Tratados Internacionales y en los Convenios de la OIT, aunque subordina su dinámica y ejercicio a la reglamentación estatal. En el considerando 4°, indica que los Convenios 87, 98 y 151 emitidos por la O.I.T. supeditan a la legislación de cada Estado la extensión del derecho de sindicación respecto a los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad. En los considerandos 5°, 6° y 7° el ministro cordobés focaliza la defensa de la sindicalización en el art. 14 bis C.N. cuando sostiene que tal norma consagra expresamente el derecho a una organización sindical libre y democrática y no contiene una previsión negatoria especial respecto a las fuerzas armadas. Asimismo, describe que los instrumentos internacionales de DDHH de segunda mitad del siglo XX consagran como regla general el derecho de asociarse con fines sindicales incluso respecto de las fuerzas de seguridad aunque previendo la posibilidad de limitar o restringir tal derecho mediante ley en sentido formal (PIDESC, PIDCP, PSS y CADH). Finalmente, Maqueda concluye que la existencia de limitaciones o restricciones al ejercicio de determinados derechos gremiales por partes de una asociación profesional de policías no importa un obstáculo insalvable a que tal entidad cumpla su función en defensa y promoción de los derechos e intereses de sus agremiados y como tal se configure en una entidad sindical.

Por su parte, el ministro Rosatti, en un sutil y profundo voto, es quien más claramente diferencia el derecho a sindicalizarse con el ejercicio de otros derechos del mundo gremial (la huelga, la rúbrica de Convenios Colectivos o firmas de Paritarias, etc.). El núcleo del razonamiento de Rosatti reside en el considerando 5° en donde categóricamente afirma que el derecho a sindicarse fluye directamente del Art. 14 bis C.N.,

bajo el llamado “modelo sindical libre y múltiple”, recalcando que tal posición ya fue sostenida reiteradamente por la CSJN en precedentes del propio ámbito sindical como “ATE”<sup>6</sup> y “Rossi”<sup>7</sup> (cfr. considerando 6°).

A partir de los considerandos 7°, 8°, 9° y 10°, el ministro santafesino discurre en torno a la modalidad reglamentaria que el ejercicio de los otros derechos sindicales (entre ellos la huelga), debe tener para con los integrantes de las fuerzas de seguridad. Afincando el razonamiento en la propia C.N. y muy especialmente en los Instrumentos Internacionales que abonan a nuestra Carta Magna, opina que tal facultad es exclusiva y excluyente de los Parlamentos, como espacio de deliberación institucional y órgano de reglamentación formal de los derechos. Finalmente en los considerandos 11°, 12°, 13°, 14° y fundamentalmente 16°, el ministro Rosatti delimita el ámbito competencial de las provincias (en este caso Buenos Aires) y del gobierno federal (arts. 121, 123 y cc CN), señalando los andariveles legislativos por los que debe desandar la norma para “dinamizar constitucionalmente” los derechos emergentes de la sindicación de las fuerzas policiales.

### 2.2. DOCTRINA DE LA CAUSA “REARTE”

Si bien la sentencia se dicta tres años posteriores a “Sipoba”, en sustancia la causa guarda similitud y entidad con el contenido de aquella, por ello no era de esperar grandes cambios en los votos.

Así los ministros Highton de Nolasco, Lorenzetti y Rosenkrantz (por la mayoría) se remiten a la argumentación que brindaron en el fallo “Sipoba”; idéntica remisión, pero por sus razones, realizó el ministro Rosatti (por la minoría).

<sup>6</sup> “Asociación de Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”. \*Resuelto el 11/11/2008.

<sup>7</sup> “Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional – Armada Argentina”, 09/12/2009 (con el voto unánime de seis jueces de la Corte, Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Carlos Fayt, Juan Carlos Maqueda, Enrique Petracchi y Raúl Zaffaroni y Argibay con su voto propio).



Lo novedoso del caso “Rearte” es la posición del ministro Maqueda quien pasa a integrar el voto de la mayoría y solapa una nueva posición personal, consolidando una hermética mayoría (cuatro a uno) en la interpretación judicial del presente conflicto constitucional.

Maqueda -a mi modo de ver- gira sustancialmente su interpretación constitucional anterior y se entronca en la argumentación que las relaciones de empleo público constituyen cuestiones propias de las autoridades locales por tratarse de materias no delegadas al gobierno federal y por lo tanto perteneciente a la órbita del derecho público provincial. En este sentido, afirma que la Provincia de Córdoba ha negado a los uniformados asociarse con fines sindicales, y que tal prohibición encuentra aval en las normas constitucionales, Tratados DDHH y Convenios OIT y no contradice el art. 14 bis de la C.N.

### III. REFLEXIONES CONSTITUCIONALES RESPECTO A LA DOCTRINA DE LA CSJN

Los casos descriptos, entre otras proyecciones de contenido constitucional, imponen pensar sobre cuestiones sustanciales o procesales tales como la procedencia de la vía procesal del “Amparo” para dirimir judicialmente la violación o no de los derechos constitucionales denunciados; o respecto a la legitimación activa “amplia” en el amparo -en este caso una asociación civil- para requerir la decisión judicial del efectivo control de constitucional de las normas reglamentarias; o en su caso, sobre la determinación del ámbito de actuación constitucional (Nación-Provincias) en cuanto a la competencia reglamentaria de los derechos sindicales; o en definir el rol y actitud que debe asumir el Poder Judicial frente a la acción u omisión del Parlamento a la hora de reglamentar los derechos constitucionales emanados del llamado “derecho humanitario”, entre muchos otros.

A continuación expondré brevemente algunos de estos tópicos.

#### 3.1. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA EXTENSIÓN DEL PROCESO

El desenvolvimiento de ambos litigios que finalmente resuelve la CSJN, las vicisitudes procesales que tuvieron y la temporalidad del dictado de las resoluciones finales denotan una llamativa contradicción con el axioma constitucional de la “tutela judicial efectiva y resolución en tiempo razonable” (art. 18 CN, Tratados de DDHH, entre otros) el que impli-





ca insuperablemente que un justiciable obtenga una sentencia de fondo motivada y fundada en un tiempo razonable. En “Sipoba” el largo proceso administrativo/judicial se constituye en una “muestra de museo” que patentiza la ausencia de tal “tutela judicial” en cuanto a la temporalidad de la actuación de los estamentos estatales. Nótese que la negación administrativa de la petición data de fines del siglo pasado (1998), la resolución de la Alzada fue dictada 10 años después, y la sentencia de la CSJN a los siete años posteriores, consumiendo en total más de 19 años de litigio y controversia, sin haber sido una causa que requiriera una difusa colecta probatoria, o exigiera la realización de complejas pericias técnicas que dilataran la extensión del proceso.

Por su parte en “Rearte”, un proceso de amparo constitucional (acción expedita y rápida, art. 43 CN) la resolución tomó nueve años, sin elementos probatorios definitivos y siendo en sí mismo una cuestión de puro derecho.

Casos como los presentes extienden un manto de dudas respecto a si los andariveles procesales que la Carta Magna impone para una actuación judicial son realmente asumidos y cumplidos en la vida diaria de nuestra comunidad, en especial por el propio Estado.

### 3.2. LA CONSOLIDACIÓN DE UNA INTERPRETACIÓN MAYORITARIA EN LA CSJN

Si bien la doctrina negatoria de la CSJN a la sindicalización fue expuesta en el fallo “Sipoba” (integraban el voto mayoritario los ministros Highton de Nolasco, Lorenzetti y Rosenkrantz), debe resaltarse que a partir de “Rearte” el ministro Maqueda integra el voto de la mayoría y, sin mayores argumentaciones ni voto propio, se solapa en una nueva posición personal consolidando una hermética mayoría (cuatro a uno) en la interpretación judicial del presente conflicto constitucional.

Lo antes dicho, lleva a concluir que con la presente integración del Alto Tribunal se encuentra vedado -al menos por los próximos tiempos- el reconocimiento judicial del derecho a la sindicalización de los uniformados.

### 3.3. LA METODOLOGÍA INTERPRETATIVA DE LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES

La doctrina sustancial del tema está expuesta en “Sipoba” en la que destella de manera diametralmente discordante la “interpretación constitucional” reflejada en el razonamiento de los votos, constituyendo una situación poco habitualidad en la doctrina del Alto Cuerpo.



Ambas posiciones (la mayoría y la minoría) analizan, enclavan y fundan su lógica jurídica en idénticos y exactos cuerpos normativos (CN, Tratados DDHH y Convenios OIT), pero los “leen e interpretan” de manera opuesta, generando conclusiones y enfoques constitucionales contrarios. Esta es para nosotros la mayor falencia del resolutorio, pues los ministros no logran coincidir en los primeros estamentos que debe desandarse en la exegesis constitucional como son: la interpretación literal, la interpretación sistémica, la interpretación axiológica y la interpretación dinámica de la Carta Magna. En especial, el voto de la mayoría elabora y concadena conclusiones sobre proyecciones y sentidos de las normas en cuestión (art. 14 bis, preceptos de los Convenios OIT, indicaciones de los tratados de DDHH, etc.) que en rigor de verdad tales normas no proyectan esas “definiciones”, llegando al punto de desnaturalizarse el propio sentido lingüístico de la literalidad invocada (Verbigracia: para fundar la inexistencia del derecho a la sindicalización en tres oportunidades<sup>8</sup> se equipara la alocución “restricción” con la voz “prohibición”<sup>9</sup>, elaborando una proyección del precepto -la no existencia del derecho a agremiarse- cuando en realidad la norma propone una limitación especial al reconocido derecho de sindicalizarse). Esta divergencia es quizás el extremo constitucional de mayor conflictividad de la sentencia.

Desde mi perspectiva, la declaración efectuada por la mayoría (quien por ahora ha fijado la “tabula jurisprudencial” de la cuestión) denota una seria contradicción en sí misma, pues primeramente sostiene que los uniformados no gozan -ni por el texto de la Carta Magna, ni por los tratados de DDHH- del derecho a sindicalizarse, para luego afirmar que en realidad la extensión de tal derecho depende exclusivamente del Parlamento, dejando incluso latente la posibilidad de que el Congreso (como órgano estatal) sea quien a futuro legisle tal facultad.

Contrariamente a esta tesis, la posición minoritaria del Dr. Rosatti, realiza una interpretación constitucional hilvanada desde la literalidad del texto, observando la axiología en conflicto y respetando los diferentes estamentos del estado, para concluir con una resolución judicial precisa y concreta en donde de manera contundente reconoce la existencia del derecho a la sindicalización.

### 3.4. LA “RELACIÓN CONSTITUCIONAL FEDERAL” EN LA REGLAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS SINDICALES

La doctrina de la CSJN, en especial en el voto “Rearte”, aborda una cuestión accesoria a los derechos sindicales pero de vital importancia en el funcionamiento institucional del país, cual es la llamada

“relación constitucional federal”, es decir la vinculación de competencias, exclusivas y concurrentes que corresponden al Estado Federal y a los estados provinciales (art. 121, 123 y cc de la C.N).

Así se pone el foco en tal cuestión y se entiende que la reglamentación de los derechos que dan vida al “mundo sindical” de las fuerzas policiales provinciales es una competencia conservada y no delegada de las provincias y como tal son éstas quienes deben proceder a regularla. En tiempos futuros, esta interpretación constitucional podría generar diferentes escenarios jurídicos en el derecho sindical argentino en donde la extensión, amplitud y modalidad su ejercicio por parte de los policías variaría según los criterios y mérito que cada poder legislativo provincial die- ra a la cuestión<sup>10</sup>.

No comparto plenamente esta posición, pues nos parece que la dinámica del derecho sindical (el ejercicio de la huelga, la celebración de convenios colectivos, la protección de sus integrantes, etc.) constituye materia propia de la legislación común o delegada (art. 75, 12 CN) y debe ser reglamentada por el Congreso Federal, independientemente de las esferas proporcionadas que la autonomía constitucional (arts. 5, 123 y cc de la CN) resguarda a las provincias, las que pueden dictar -dentro de esas competencias- normas con matices particulares para sus propios dependientes, prerrogativas que deberán infaliblemente coincidir con la reglamentación general, para no caer en inconstitucionalidad.

### 3.5. EL ROL “CONSTITUCIONAL” DEL PARLAMENTO

Es una exigencia impostergable que el Poder Legislativo, rediseñe la forma y el modo sustancial que adopta en el dictado de las leyes laborales y su correlato sindical, ya que muchos de sus preceptos u omisiones -tal como hemos remarcado- se enfrentan, contradicen, transgreden o inobservan, la esencia misma del Derecho Humanitario<sup>11</sup>. El Congreso Nacional debe consustanciarse con la idea que las leyes que regulan el trabajo y la vida sindical -cuando son bien diseñados- constituyen instrumentos eficientes para lograr la anhelada consolidación del Estado de Derecho.

En este punto, estimamos que existe una “desidia parlamentaria” en adecuar la legislación reglamentaria de tan particular sindicalización (la de

<sup>8</sup> Cfr. los considerando 14º, 15º y fundamentalmente el 20º, en donde se afirma: “todos los tratados de protección del trabajo ratificados por la Argentina permiten que nuestro país restrinja o prohíba la sindicalización de las fuerzas policiales”

<sup>9</sup> Cfr. <http://www.rae.es/>, Diccionario de la R.A.E. Restringir: Ceñir, circunscribir, reducir a menores límites. Prohibir: Vedar o impedir el uso o la ejecución de algo.

<sup>10</sup> Como sucedió en nuestro país en las primeras décadas del siglo XX, en el ámbito del derecho del trabajo, donde se creía que la regulación de la jornada de trabajo era una competencia propia de las provincias, existiendo disímiles reglamentaciones hasta la sanción de la ley 11.544 y la consolidación de la doctrina que tal atribución correspondía al Congreso Federal (art. 75, 12 CN).

<sup>11</sup> Para consultar en extenso nuestra postura, véase: “El Derecho del Trabajo y el principio protectorio a la luz del constitucionalismo humanitario. Reflexiones sobre la realidad laboral argentina”, Revista de Derecho Laboral, Lexis Nexis Nº 0003/401267 (hoy Abeledo Perrot). Para analizar cómo influye el derecho humanitario y la fuerza normativa de la C.N. en el Derecho del Trabajo, véase: Godoy, José D. “Prospección Constitucional del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, en Temas de Derecho del Trabajo, 2000, Córdoba.



las fuerzas de seguridad) a la manda constitucional. Esta “desidia” genera un “vacío legislativo” que, por decisión o incumplimiento estatal, violenta y vulnera la esencia mínima de los derechos sindicales que le son propios a los trabajadores que revisten al servicio del Estado en las distintas fuerzas de seguridad.

Al Estado argentino -en cualquiera de sus poderes o niveles- le está vedado prohibir “totalmente” la sindicalización de las fuerzas de seguridad con el argumento de preceptos genéricos como “bien general”, “defensa común” o “principio de seguridad”, habitualmente invocados para negarse a debatir democráticamente los límites especiales de la sindicalización de estos trabajadores; en cambio sí podría restringir estrechamente algunas de sus manifestaciones (el derecho de huelga, las asambleas deliberativas, etcétera).

Desde otra perspectiva, y por el reparto específico de competencias que el constituyente diagramó para nuestro país (arts. 121, 123, 5, 75, 99 y cc de la CN), a nuestro modo de ver no queda ninguna duda que la reglamentación específica de los llamados “derechos sindicales” corresponde como competencia exclusiva al Congreso Nacional y, en consecuencia, las Provincias tienen vedada dicha facultad.

Se torna necesario entonces una legislación específica que regule y determine el marco de actuación de los integrantes de las fuerzas de seguridad para ejercer el derecho sindical que les corresponde como empleados en relación de dependencia.

En consecuencia, corresponderá tener muy en cuenta las pautas del principio de razonabilidad constitucional (arts. 19, 28, 75, 99 y cc de la CN) a la hora de fijar estándares jurídicos que no vulneren la esencia del derecho sindical de los policías, debiendo a volver a debatir los contenidos de preceptos genéricos como “bien general”, “defensa común”, “principio de seguridad” y otros que habitualmente son invocados por el estado para limitar libertades individuales de los trabajadores uniformados.

## IV. EL FUTURO DE LA SINDICALIZACIÓN DE LOS TRABAJADORES DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD

Respecto al ejercicio de los derechos sindicales de los miembros de las fuerzas de seguridad tengo posición tomada desde hace largo tiempo, la que claramente va en línea opuesta a la sostenida por la mayoría de CSJN<sup>12</sup>.

Centralmente estimo que nuestra Carta Magna -tanto en su literalidad como desde la textura que emana de los Tratados de DDHH- y los Convenios emanados de la OIT conceden, reconocen y garantizan a los uniformados el “derecho a la sindicalización”, el que deberá ser ejercido y reglamentado con una modalidad y una particularidad propia, que inexorablemente se encuentra condicionada por la naturaleza de la prestación laboral de sus titulares (“guardadores del orden público”).

En esta línea, sostengo que al Estado argentino le está cercado prohibir “totalmente” la sindicalización de las fuerzas de seguridad, pues de hacerlo estaría violentando los preceptos constitucionales específicos y además trasgrediría la clara pauta establecida en el art. 28 de la CN. En cambio, el Estado sí podría establecer limitaciones al ejercicio de esos derechos sindicales, restringiendo estrechamente algunos de sus posibles manifestaciones (verbigracia: las medidas de fuerzas sorpresivas, el derecho de huelga, la protección “indemnizatoria” de los dirigentes sindicales, las elecciones internas, entre otras manifestaciones de la vida sindical).

12 Pueden verse, entre otros: “LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y EL DERECHO A LA SINDICALIZACIÓN: UN DEBATE CONSTITUCIONAL PENDIENTE”, año 2008, comentario a Fallo Rearte, de Cámara de Apelación Civil y Comercial, Ed. El Foro, año 2008; “LA SINDICALIZACIÓN DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD EN LA ‘PRIMERA’ DOCTRINA DE LA CSJN: BREVES REFLEXIONES CONSTITUCIONALES. Revista de Derecho Laboral Actualidad, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2017.



No se me pasa por alto que la sindicalización de los integrantes de las fuerzas de seguridad genera debate y discusión, en especial sobre el contenido y alcance que los mismos deben tener, y que dicho debate puede a veces “paralizar” las normas reglamentarias<sup>13</sup>.

Se torna necesaria una legislación específica que regule y determine el marco de actuación de los integrantes de las fuerzas de seguridad para ejercer el derecho sindical que les corresponde como empleados en relación de dependencia. En concreto: es admisible debatir los matices, las modalidades, los alcances, los límites y las restricciones que deben imponerse legislativamente, pero lo que no es debatible es el desconocimiento liso y llano del plexo central del derecho constitucional en juego:

---

<sup>13</sup> Al respecto, vale en sobremanera el reconocimiento que desde el plano académica/profesional realiza Sappia cuando ratifica que es hora de modificar la clásica posición denegatoria y repensar el derecho sindical de los uniformados. Puede verse, con provecho para todos: SAPPÍA, Jorge J. “¿Es admisible la sindicalización policial?” *Revista Derecho Laboral, Actualidad*, 2014/1, ed. Rubinzal Culzoni.

la manifestación de algunas de las expresiones de los derechos sindicales de los integrantes de las fuerzas de seguridad, tal como lo ha expuesto la mayoría del Alto Tribunal.

No tengo dudas de que la posición interpretativa de la CSJN será revertida y la doctrina sostenida por el ministro Rosatti será la imperante en un tiempo no muy lejano.

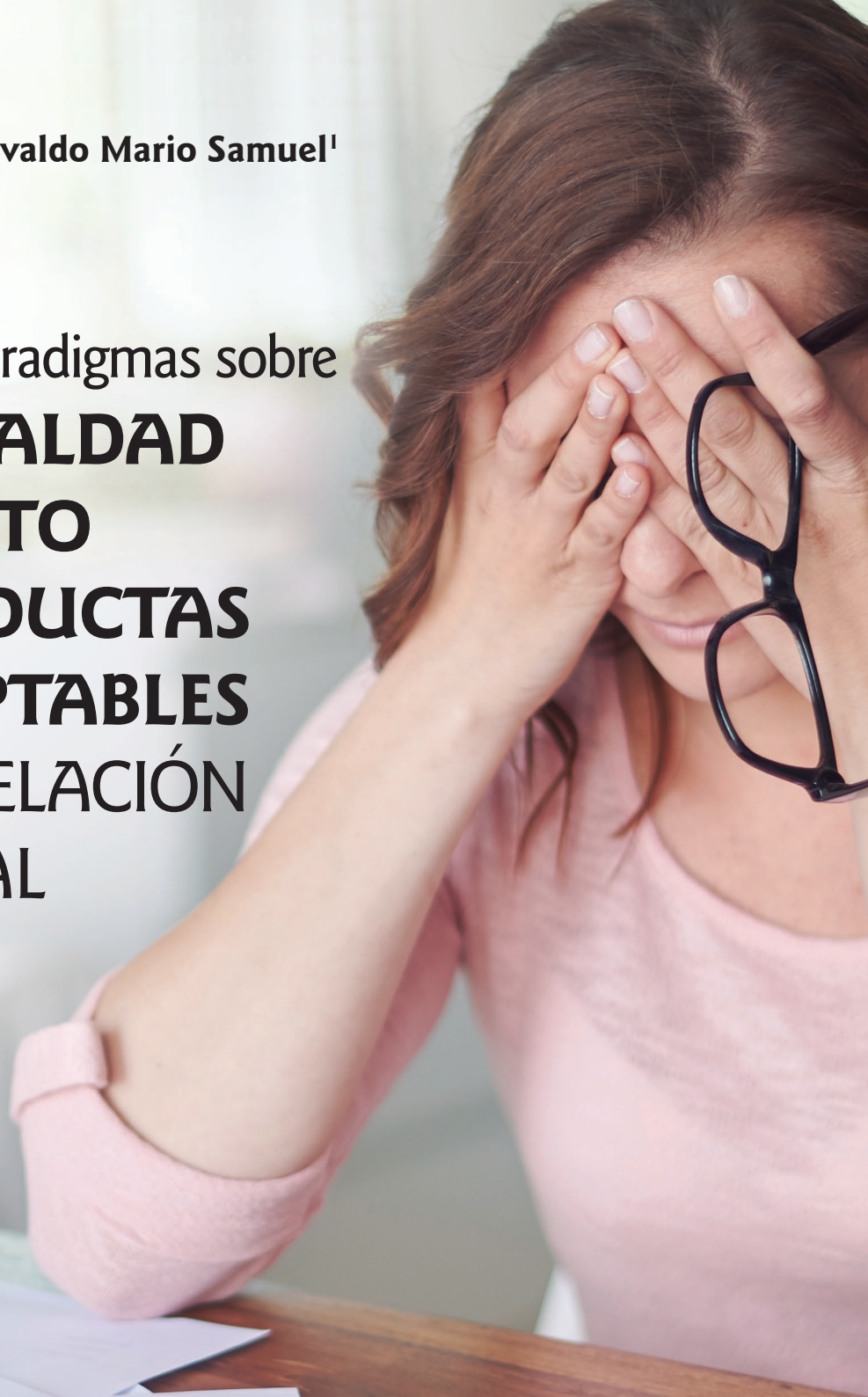
Hasta que esto acontezca, no puedo dejar de lamentarme porque diaria y denodadamente los miembros de las fuerzas de seguridad silenciosamente trabajan “jugándose la vida” en cuidar el orden constitucional y con paciencia esperan poder ejercer algunos de sus derechos constitucionales sindicales.





**Osvaldo Mario Samuel<sup>1</sup>**

# Nuevos paradigmas sobre **LA IGUALDAD DE TRATO Y CONDUCTAS INACEPTABLES EN LA RELACIÓN LABORAL**



---

<sup>1</sup> Vocal de Cámara del Trabajo de Villa María, Córdoba. Doctor en Derecho. Magister en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales. Docente de grado y posgrado en distintas universidades, autor de obras varias sobre la disciplina.



## I. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA IGUALDAD DE TRATO

La igualdad que plantea el art. 16 de la CN, no es una igualdad matemática, teórica y contingente. Es una igualdad deseada, aspirada, en un sentido relativo<sup>2</sup>. Lo que debería ser<sup>3</sup>. Sin embargo, con mayor perplejidad que orgullo la sociedad muestra la metáfora de Orwell en *Rebelión en la Granja*<sup>4</sup>. “*Todos son iguales, pero algunos son más iguales que otros*”, apuntaba en una fábula mordaz el satírico autor.

Jurídicamente no hay excusa apenas verosímil para el trato desigual, y menos peyorativo. Sin embargo, no se verifica en la realidad, ni en el derecho viviente<sup>5</sup> esta juridicidad. Existe una demasía de casos de discriminación, violencia de género y acoso, que trasciende el significado de la suma de todos ellos para mostrarnos una realidad abrumadora que no es privativa de Argentina. Quienes discriminan, asiduamente, frecuentemente, perversamente, son a veces quienes se encuentran en la cúspide del poder social<sup>6</sup>. Como lo sostienen Légal y Delouvé, más los individuos están de acuerdo con el mantenimiento de la jerarquía social más expresan sus actitudes racistas, sexistas y conservadoras.<sup>7</sup>

La pandemia nos enrostró la desigualdad, de un modo tan poco humanista que un continente entero aguarda la dádiva para sobrevivir al Covid-19. El resto del mundo espera inocularse según el posicionamiento geopolítico y económico del Estado al que pertenezca. La igualdad y la equidad vuelve a ser un tema con centralidad bastante como para transitarlo sin tapujos si aceptamos que la verdadera igualdad es el derecho a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera<sup>8</sup>.

Para Rawls es un principio de la justicia que: “*Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás*”<sup>9</sup>. Con mayor luminiscencia explica a Rawls Lizárraga “*La igualdad de condiciones que sirve de base a la igual ciudadanía y a la independencia personal es aquella que, según Rousseau, se traduce en un escenario social en el cual nadie puede ser tan rico como para comprar a otro, ni nadie tan pobre como para verse obligado a venderse*”<sup>10</sup>.

Desde finales del siglo XX en la Argentina se reprocha sólidamente los actos discriminatorios en el ámbito laboral. Sus antecedentes se remontan a una progresión secuencial de fallos que solo enumeramos con incompletitud a los fines de graficar la idea “Guisado de Jacobs, Paula c/ KB Servicios S.A.”<sup>11</sup>, curiosamente trasciende un fallo de la Justicia civil, en los autos “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo S.A. s/ Amparo”<sup>12</sup>, para luego ser la justicia del trabajo protagonista con precedentes de la CNAT, vinculados a discriminación por enfermedad (HIV)<sup>13</sup>, y mayormente sobre actividad sindical como “Arecco”<sup>14</sup> “Parra Vera”<sup>15</sup>, “Pellicori”<sup>16</sup>, entre otros y las justicias provinciales también se expidieron en tal sentido. Se fue construyendo una doctrina basada en los derechos fundamentales que alcanzaron su cenit con el precedente de la Corte Federal “Álvarez”<sup>17</sup>, poniendo el eje del anatema de la Litis, sobre el principio de igualdad de trato y no discriminación. Ratificado dicho rumbo en otros precedentes como “Sisnero”<sup>18</sup>, entre otros. Sin perjuicio de la afronta a la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, y aquellos con jerarquía suprallegal. El trato es discriminatorio cuando se funda en una singularidad objetable al trabajador en forma subjetiva, generalmente basada en prejuicios irracionales apriorísticos, peyorativos y hostiles. Por ejemplo: Una mujer no puede conducir un colectivo urbano. Esto es un arquetipo de prejuicio. La mujer no sólo se encuentra igualmente capacitada para conducir colectivos, sino que fue a la par del hombre en la carrera espacial, colaborando igualitariamente en las misiones a la estación espacial internacional y en los vuelos de taxis espaciales desde el siglo pasado. Esto demuestra el contenido irracional de la abyección.

Para que exista denegación de igualdad ante la ley no solo ha de existir discriminación, sino que además ella deberá ser arbitraria, y no sucede así cuando el distingo se basa en la consideración de una diversidad de circunstancias que fundan el distinto tratamiento legislativo, es decir, cuando concurren razones objetivas de diferenciación que no merezcan la tacha de irrazonabilidad<sup>19</sup>.

Hoy ya no es posible justificar el actuar desaprensivo de las personas por desconocimiento. Son claras las acciones positivas del Estado a la altura de la segunda década del siglo XXI, tendiente a eliminar toda forma de discriminación hacia colectivos vulnerables. En especial y por antonomasia por cuestiones de género, donde el Convenio de OIT 190

2 Ross, *Sobre el derecho y la Justicia*, Ed. Eudeba, Bs.As., 2005, p.335

3 Quibourg, *Teoría general del derecho*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 23

4 Orwell, George. *Rebelión en la Granja*, Ed. Losada, Buenos Aires.

5 David, Pedro. *Sociología Jurídica*. Ed. Astrea, Buenos Aires 1980. P. 77

6 Kaufman Gustavo Ariel, *Digunus Inter Pares*, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, p.26

7 Delouvé, Sylvain-Légal, Jean-Baptiste, *Stéréotypes, préjugés et discrimination*, Paris, 2008, p. 55

8 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio...*, Ed. Ariel Derecho. 1era. Ed.8ª. impresión. Barcelona. P. 332

9 Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. The Belknap. Press of Harvard University, Cambridge, Massachusetts, 1976. Sexta impresión, 2006, p. 67

10 Lizárraga, Fernando Alberto “La igualdad en el contrato social Rousseauiano, una mirada desde la justicia como equidad en John Rawls”, CONICET DIGITAL N° 4831, p. 31 [https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/32908/CONICET\\_Digital\\_Nro.4831af46-219a-4024-b35a-77db4031e5d8\\_B.pdf?sequence=5&isAllowed=y](https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/32908/CONICET_Digital_Nro.4831af46-219a-4024-b35a-77db4031e5d8_B.pdf?sequence=5&isAllowed=y)

11 CNAT, Sent. 75928, del 05/03/1998

12 CNAyC, Sala H del 16/12/02

13 CNAT, Sala I “R.J.J.M. c/ Juncal S.A. Cia de Seguros s/ Interrupción de prescripción. S.D. 83022 del 19/9/05

14 CNAT, Sala V “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A. s/ Juicio sumarísimo” Setn. 69131 del 21/12/06

15 Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo S.A. s/ Amparo CNAT, Sent. 14/6/2006

16 Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio de Público de Abogados de Capital Federal s/ Amparo, CNAT 28/03/2008, CSJN 15/11/11.

17 Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ Acción de Amparo” CSJN, Sent. 7/12/2010

18 Sisnero, Mirtha Graciela; Caliva Lía Verónica c/ Rhynarca SA, Tadelva y otros, CSJN 20/05/2014

19 Voto de los Ministros de la Corte Maqueda y Lorenzetti, CSJN, in re González “Victoria, María y otros c/ EN –AFIP-Dto. 1313/93 s/ proceso de conocimiento”. Sent. 21/11/2018.





ratificado por la Argentina el 11 de noviembre de 2020 mediante la ley 27.580<sup>20</sup>, califica a ciertas conductas, actitudes o amenazas de aquellas como inadmisibles. Entendemos que aquellos que discriminan, gran parte de las ocasiones lo hacen con desdén al orden jurídico nacional e internacional, no por ignorancia o error. Sino con una clara intención de distinguir peyorativamente, no importándole lo hostil de la conducta ni la afectación a los derechos fundamentales. Quien discrimina lesiona los derechos humanos lisa y llanamente a sabiendas.

Nuestro ordenamiento laboral posee dispositivos desde los años 70 del siglo pasado. El art 17 de la L.C.T. prohíbe cualquier discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad, en una enumeración que es meramente enunciativa. Mientras que el art. 81 del mismo cuerpo normativo, obliga al empleador a dispensar a todos los trabajadores igual trato en idénticas situaciones, distinguiendo entre el simple trato desigual de aquel que produzca discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, debido a que la igualdad de trato es un principio en el que se asienta toda la disciplina y como tal es un principio de orden público, que resulta indisponible para las partes. Sin perjuicio de que las leyes 23.592 y 26.485 son tan aplicables a las relaciones laborales como el principio de buena fe, desde el 21 de junio de 2021 sumamos la vigencia del Convenio 190, ratificado e incorporado a nuestro ordenamiento por la ley 27.580. Concretamente más que elenco, tenemos un protagonismo normativo superlativo. Es indudable el esfuerzo estatal, pero a nuestro juicio no alcanza si no hay formación sobre la igualdad desde los niveles iniciales del proceso educativo. Si la desigualdad se palpa en el aire de la República. El problema no son las leyes, es el aire viciado que se respira.

## II. EL ORIGEN DEL C 190 OIT

Desde antes de 2015, se llevaron adelante varias reuniones del Consejo de Administración de OIT. El consenso imbricó a Gobiernos, Sindicatos y Empresarios para analizar temas centrales de violencia en las relaciones laborales. Entendiendo por tales el Acoso sexual y la Violencia laboral. Recién en su 325° reunión el Consejo de Administración obtuvo los consensos necesarios para elaborar una norma internacional que tratara profundamente la cuestión bajo estudio tripartito. Establecidos los acuerdos, se designó una reunión con representantes de Gobiernos, Sindicatos y Empresas, expertos sobre la cuestión, que lograron reunirse durante el año 2016 y se cimentaron las bases de lo que sería el Convenio 190 de OIT, fijando los derechos a resguardar y las necesidades a atender. Tuvieron especial atención en la violencia de género.

Detectaron grupos más vulnerables, como las mujeres, trabajadoras migrantes, trabajadores aislados y LGBTIQ.

En relación a las mujeres migrantes, como categoría independiente de protección, diremos que se trata de personas a quienes se atribuyen el género femenino transnacionales que no tienen arraigo en un país, y que se encuentran en situación de vulnerabilidad. El colectivo LGBT es la sigla compuesta por las iniciales de las palabras Lesbianas, Gais, Bisexuales y Transgénero o Transexuales. Este colectivo, que encuentra una noción e identificación común para la lucha por la igualdad de trato, oportunidades y cuestiona la hegemonía binaria de sexos o géneros que se podría designar en un lenguaje ya en desuso clásico o tradicional. Se integra por personas que han construido su género en forma no tradicional en base a su propia impronta, deseos y autopercepciones. La L, refiere a Lesbianas, la G a Gais, la B a binaria y la T a transexuales. Sin que se agote en esa sigla, los diferentes matices de performa-

<sup>20</sup> Argentina depositó el instrumento en Ginebra el 24/02/2021, comenzando su vigencia a partir del 25/06/2021.



tividad<sup>21</sup>. En ese sentido también cabe referenciar a las personas intersexuales, con lo cual también puede agregarse la sigla I a LGBTI. Las personas intersexuales, son aquellas que se caracterizan por una de las diversas formas de diversidad corporal de nacimiento. Nacen con variaciones biológicas en los órganos sexuales que no concuerdan exactamente con las nociones binarias, clásicas y hegemónicas con que se han identificado los cuerpos humanos históricamente. Las variantes pueden presentarse en genitales, gónadas, o cromosomas. Concretamente una persona que nace con la fisiología de hombre puede no tener los órganos sexuales propios de esa categoría o algunos y las personas que nacen con la fisiología de mujer pueden no tener o tener algunos de los órganos propios de esa categoría.

La sigla LGBTI, puede incluir la letra Q, que representa a aquellas personas que se encuentran en proceso de identificación de género o su propia autopercepción se encuentra en fase de elaboración o conflicto no superado. En su virtud se verifica en distintas sociedades la sigla LGBTIQ, para identificar un colectivo, especialmente vulnerable que agrupa a las personas con las orientaciones sexuales e identidades de género vinculadas a éstas iniciales, como a la comunidad de intereses formadas por ellas, vinculados a evitar las desigualdades y luchar por la igualdad de trato y oportunidades, más allá de las diferencias. Diferente no es sinónimo de peor o menos cualificado o menos merecedor de igualdad de trato, preferencia o beneficios. La “Q” al final de la sigla hace referencia a la comunidad Queer. Este colectivo que no engarza definitivamente en las diferentes categorías, porque está en proceso de construcción, o porque así se autopercibe o no se autopercibe aún. Quizás su característica es la indefinición, en tanto las autopercepciones, o identidades pueden verse afectadas con el tiempo por preferencias, opciones o decisiones. Aunque los orígenes anglosajones del término nos remonta a designaciones peyorativas en el siglo pasado. Eso ha sido superado en el siglo XXI. No tiene connotación negativa. Posicionándonos en la categoría bajo análisis, lo que se cuestiona es la pétrea clasificación binaria. Judith Butler aborda la cuestión mediante la teoría de la performatividad de género que nunca impone qué realizaciones (performances) de género son adecuadas o más subversivas y cuáles serían erróneas y reaccionarias, aun cuando consideremos todo un avance que alguna de ellas puedan mostrarse libremente en el espacio público, sin sufrir violencia policial, el acoso, la criminalización y la patologización de que antes eran objeto. De lo que se trata es de suavizar la capacidad coercitiva de las normas sobre ciertas vidas de género<sup>22</sup>. La deferencia con las otras categorías es que las personas que se encuentran dentro de esta taxonomía, van siendo, van construyendo su propia identidad

21 Para Judith Butler género es un performance cultural al que nos obliga la heterosexualidad obligatoria, y que, como tal es performativo, para ella, el performance (en el sentido de representación teatral) del género produce la ilusión de que hay un núcleo o esencia del género. La performatividad de género presume un campo de aparición para el género y un marco de reconocimiento que permite a este mostrarse en sus diversas formas; y como ese campo está regulado por normas de reconocimiento que son jerárquicas y excluyentes, la performatividad de género está por lo tanto ligada a las distintas maneras en que los sujetos pueden llegar a ser reconocidos. (Cuerpos aliados y lucha política, *Hacia una teoría performativa de la asamblea*, Ed. Paidós, Barcelona - Buenos Aires - México, 2017, p. 45)

22 Butler Judith, *Cuerpos aliados y lucha política, Hacia una teoría performativa de la asamblea*, Ed. Paidós, Barcelona - Buenos Aires - México, 2017, p. 39.





con orientaciones que pueden verse modificadas, fluyendo constantemente, sin buscar ni proponerse encontrar coherencias lingüísticas, culturales y mucho menos biológicas.

Continuando con el desandar del nacimiento del Convenio 190 de OIT, luego de la reunión tripartita de expertos, concluyeron que tanto gobierno, sindicatos y empleadores tienen un rol esencial en la responsabilidad de evitar la violencia y lograr un mundo laboral libre de violencia del trabajo.

El Convenio 190 de OIT reconoce como antecedentes los Convenios 100 OIT (29 de mayo de 1951) sobre igualdad de remuneración y 111 de OIT (4 de junio de 1958) que regula la discriminación y que fuera fuente de leyes en distintos países para evitar el flagelo. En el Convenio 190 se siguen parecidos lineamientos poniendo un especial énfasis en la eliminación de todo tipo de manifestación de violencia o amenaza de ella. Al respecto cabe apuntar que un Comité de Expertos se pronunció en el año 2008 respecto a que el Acoso sexual era una forma de discriminación por razón de sexo o género del que habla el Convenio 111 OIT. En efecto, la discriminación como distinción peyorativa y hostil es el género de distintas formas de violencia, como el acoso laboral o sexual, que son formas específicas de violencia o el *moobing*, que se manifiesta en forma más sutil.

Así se llega al Convenio 190 de OIT (y a la Recomendación de OIT sobre la violencia y el acoso N° 206), que se ratifica en Argentina el 11 de noviembre de 2020, con el número de ley 27580. El depósito del instrumento se materializó el 24/02/2021 y empezará a regir el 25 de junio de 2021. Nuestro país junto a Fiji, Namibia y Uruguay, es uno de los primeros en ratificar el Convenio.

### III. CONTENIDO NORMATIVO Y OBLIGACIONAL DEL CONVENIO 190 OIT

El Convenio 190 se orienta a proporcionar un marco normativo para evitar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Se reconoce el derecho de las personas a un mundo laboral libre de violencia y acoso. Entre ellas las que tienen su origen en el género. Uno de sus postulados fundamentales es que la violencia y el acoso pueden significar una violación a los derechos humanos.

El Instrumentos internacional, en sus primeros artículos define conjuntamente la violencia y el acoso, un conjunto de comportamientos o prácticas inaceptables, o amenazas, que sean susceptibles de producir un daño físico, psicológico, o económico y que, fundamentalmente no pueden ser más toleradas y ameritan un reproche jurídico por parte de los Estados firmantes. El Convenio considera a





la violencia o la amenaza de ésta como una práctica inaceptable y la define en forma amplia, incluso ensancha el campo de protección a trabajadores no asalariados, desempleados en busca de empleo, pasantes y/o aprendices.

El Estado es responsable de regular y monitorear las acciones que deben realizar las/os empleadoras/os, con especial énfasis en el uso de estrategias colectivas y participativas para la generación de acciones.

El Convenio 190 de OIT establece que todo Miembro deberá adoptar una legislación y políticas que garanticen el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el empleo y la ocupación, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores y otras personas pertenecientes a uno o a varios grupos vulnerables, o a grupos en situación de vulnerabilidad que están afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Protege a los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo, incluso aquellas en formación, pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes.

Es dable destacar que se aplica a todos los sectores, público o privado, de la economía tanto formal como informal, en zonas urbanas o rurales.

En cuanto al ámbito espacial del trabajo, el Convenio engloba el elenco de posibilidades en torno a la ocasión del trabajo, protegiendo a las personas que trabajan:

- a) en el lugar de trabajo.
- b) en los lugares donde se paga al trabajador, come, utiliza instalaciones sanitarias.
- c) en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación.
- d) en el marco de todo tipo de comunicaciones.
- e) en el alojamiento proporcionado por el empleador, e in itinere.

La protección no se agota en este amplio abanico de lugares, espacios y situaciones, contemplando la situación de violencia en el ámbito doméstico, para abordarla y con el fin de mitigar los efectos de ella,

ya que dichas situaciones no están exentas de generar consecuencias en el mundo del trabajo. Sobre el particular respalda lo resuelto en el Convenio numerosos estudios de campo que dan cuenta de la disminución de rendimiento, afectación general y pérdida de productividad en casos de violencia doméstica.

En el art. 7 el Convenio 190 de OIT orienta a los países signatarios a que ratifiquen el acuerdo, debiendo adoptar, dentro de la legislación nacional, una definición que prohíbe violencia y acoso en el mundo del trabajo, incluyendo la violencia de género.

La recomendación 206 de OIT sobre violencia y acoso sexual es complementaria del Convenio 190 y postula adoptar y aplicar el enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género, mencionado en el párrafo 2 del artículo 4 del Convenio, los Miembros deberían abordar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo en la legislación relativa al trabajo y el empleo, la seguridad y salud en el trabajo, la igualdad y la no discriminación y en el derecho penal, según proceda. Asimismo, la recomendación de OIT sugiere la inversión de la carga de la prueba, como en casos de discriminación, conforme la doctrina ya consolidada de la Corte Federal argentina, el Tribunal Constitucional de España y la Corte Suprema de Estados Unidos. De modo tal que no es la víctima de violencia quien debe probar la agresión, hostigamiento o violación a sus derechos fundamentales, sino que es el agresor quien debe probar que no actuó violentamente.

Los Miembros deberían velar por que todos los trabajadores y todos los empleadores, incluidos aquellos en los sectores, ocupaciones y modalidades de trabajo que están más expuestos a la violencia y el acoso, disfruten plenamente de la libertad sindical y del reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva de conformidad con los Convenios 87 (1948) y 98 (1949) de OIT.

Señala que los Miembros deberían adoptar medidas apropiadas a fin de:

- a) fomentar el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva a todos los niveles como medio para prevenir y abordar la violencia y el acoso y, en la medida de lo posible, mitigar el impacto de la violencia doméstica en el mundo del trabajo.

- b) apoyar dicha negociación colectiva mediante la recopilación y divulgación de información sobre las tendencias y buenas prácticas con respecto al proceso de negociación y al contenido de los convenios colectivos.

Postula que los Miembros deberían velar por que las disposiciones sobre violencia y acoso contenidas en la legislación y las políticas nacionales tengan en cuenta los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo sobre igualdad y no discriminación, como el Convenio (núm. 100) y la Recomendación (núm. 90) sobre igualdad de remuneración, 1951, y el Convenio (núm. 111) y la Recomendación (núm. 111) sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, así como otros instrumentos pertinentes.

Establece una serie de recursos para protección, prevención y control de la aplicación del Convenio.

## IV. OPERATIVIDAD DEL CONVENIO PARA LAS EMPRESAS

Es esperable que las empresas comiencen indagando en su cultura organizacional, para diagnosticar e impactar allí donde sea necesario, desarrollando capacitaciones sobre las medidas existentes para la prevención y la protección de la violencia laboral.

Resulta conveniente elaborar y adoptar Protocolos contra la violencia y el acoso en el lugar de trabajo, que aseguren espacios de trabajo libres de violencia.

Parece propicio generar ámbitos laborales donde todos sus participantes puedan desarrollar sus tareas y crecer profesionalmente de forma íntegra, porque la transformación cultural es colectiva y la responsabilidad es compartida entre los sujetos de la relación laboral.

## V. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO GUÍA HERMENÉUTICA PARA LOS OPERADORES JURÍDICOS

En noviembre de 2015 la Suprema Corte de Justicia de la México, resuelve un protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad. Este protocolo es tomado como guía para que los jueces al juzgar tengan en cuenta la perspectiva de género. La Suprema Corte de Justicia de México, con una primera edición de noviembre de 2020, edita un sistema bibliotecario recopilando el protocolo para juzgar con pers-

pectiva de género, que incluye la perspectiva de género en los sistemas universal e interamericano de derechos humanos y la doctrina jurisprudencial de la Corte de Justicia de la Nación y finalmente una Guía para juzgar con perspectiva de género. La idea plasmada es brindar herramientas a los fines de combatir la discriminación por medio de la tarea jurisdiccional, para no solo garantizar el acceso a la justicia, sino para remediar, en un caso concreto, situaciones asimétricas de poder.

La judicatura tiene a su cargo la responsabilidad de hacer efectivos todos los derechos que, en ejercicio de su soberanía, el Estado reconoce cuando firma y ratifica instrumentos internacionales como: La convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), su Protocolo Facultativo; la Recomendación 206 de OIT, el Convenio 190 de OIT. Y a nivel Interamericano la Convención interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, cuya nominación más usual es “Convención de Belén Do Pará” y las 100 reglas de Brasilia sobre el Acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. A nivel nacional se advierten la ley 26.485 de protección integral de las mujeres. Esta última ley sobre la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres, promulgada en abril de 2009, aspira a eliminar la discriminación entre mujeres y varones integralmente, es decir en todos los matices, pliegues de existencia y órdenes de la vida, afirmando en particular el derecho de las mujeres a una vida sin violencia evitando la discriminación y la consideración peyorativa. Afirmando medidas de acción positiva del Estado hacia este colectivo.

En la misma dirección hermenéutica se inscribe la Guía práctica para juzgar con perspectiva de género, elaborada por la Oficina de la Mujer del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, apuntando:

1. Aplicar los principios constitucionales de igualdad, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.
2. Justificar el uso de la normativa que sea más protectora de la persona que se encuentra en una situación asimétrica de poder o de desigualdad estructural.
3. Interpretar de acuerdo con los nuevos paradigmas constitucionales que dejan en desuso criterios hermenéuticos como el de la literalidad, jerarquía y especialidad.
4. Acudir a los análisis de género contenido en sentencias de otros países y a doctrina sobre la materia.
5. Evidenciar los estereotipos y los sexismos detectados en los hechos acontecidos, en la valoración de las pruebas, en los alegatos y pretensiones de las partes, o en normas que podrían haber resultado aplicables.
6. Determinar la estrategia jurídica adecuada para aminorar el impacto de la desigualdad estructural en el caso específico.



7. Reconocer y evidenciar en los puntos resolutorios de la sentencia los sesgos de género encontrados a lo largo del proceso.
8. Eliminar la posibilidad de revictimizar y estereotipar a la víctima a través de los argumentos y de los puntos resolutorios de las sentencias.

La argumentación en base a perspectiva de género constituye el horizonte interpretativo en que las y los operadores de justicia pueden sentar precedentes fundamentales en la búsqueda y el avance progresivo del desarrollo de los Derechos Humanos de las Mujeres<sup>23</sup>.

## VI. IMPLICANCIA EN LAS RELACIONES LABORALES DE LA LEY 27.580

Cuatro claros axiomas irrumpen respecto a la violencia y el acoso en las relaciones de trabajo a partir de la ley 27.580:

- Es intolerable, incluso en su potencialidad de amenaza.
- Si opera se violan los DDHH.
- Violencia y Acoso requieren ser delimitadas por cada país.
- La violencia en general, como el acoso en particular son incompatibles con el trabajo decente.

A nuestro juicio, desde los significantes, violencia es el género y acoso, moobing y discriminación son especies de violencia laboral, que deben delimitarse.

Violencia es el género de conductas inaceptables vinculadas a prácticas sociales basada en patrones culturales patriarcales antiguos que tienen capacidad de causar un daño multifacético: físico, psicológico, moral o económico.

**Moobing:** Es una situación de violencia recurrente, sostenida como una letanía infame que pretende dañar al trabajador para lograr que abandone el empleo.

**Acoso** es una manifestación violenta que persigue una violación, intromisión o injerencia en la libertad de la persona en su forma de estar, ser o decidir. Se diferencia con el Moobing por sus fines. En tanto en el Moobing se persigue que el trabajador abandone por su voluntad viciada el puesto del trabajo, en el acoso, lo que se violenta es la libertad de decidir, ser o estar.

La discriminación, a los fines de la distinción que nos importa en el presente trabajo, es una distinción peyorativa y hostil basada en prejuicios

irracionales, apriorísticos sobre colectivos socialmente vulnerables o históricamente postergados. Puede haber otro tipo de discriminaciones como la Discriminación- venganza<sup>24</sup> (o el despido represalia), que ameritan un tratamiento más detallado.

Las cuatro acciones violentas son ejercicios disfuncionales de poder, ya sea personal, grupal o institucional.

## VII. EJEMPLOS DE CONDUCTAS INADMISIBLES

- Trato peyorativo con connotación de género.
- Trato con connotación o significante sexual.
- Acercamientos o roces libidinosos no consentidos.
- Insistentes propuestas extra laborales, en el ámbito laboral.
- Abuso de poder organizacional con beneficios no igualitarios, basados en prejuicios de género.

## VIII. REPARACIÓN O REINSTALACIÓN

La discriminación arbitraria, injusta, irrazonable, hostil y agravante por la causa que sea es un hecho que debería ser desterrado no sólo del ámbito del Derecho del Trabajo, sino de la vida de la sociedad, en razón que dichas inconductas campean el mundo de los actos ilícitos, ya sea como acciones o como omisiones y, por lo tanto, es inadmisibles e inaceptable su tolerancia, tanto en los hechos, como en el derecho, debido a que tal actitud afecta y afrenta a la dignidad de las personas en la vida en relación, en la vida personal y en su vida social.

En su virtud, apreciamos conveniente enfrentar el problema: ¿Cuál es la sanción más justa frente a este tipo de inconductas? la nulidad del acto; la reparación del daño ¿o ambas? Este es el problema jurídico que enfrentamos en la Argentina. Pareciera que la CSJN desde "Álvarez", ha entendido que lo justo es la primera postura; ahora bien aquella ajustada mayoría, ya no es tal. Después del fallo "Farrell"<sup>25</sup>, se podría pensar en un viraje del Alto Cuerpo, hacia la reparación con fines resarcitorios exclusivamente, incluyendo al despido represalia como acto discriminatorio. El problema es electrificante y

24 Kaufman, Gustavo Ariel. *Dignus Inter Pares. Un análisis comparado del derecho antidiscriminatorio*. Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires/Bogotá/ México/ Santiago, 2010. Ps. 50 y ss.

25 "Farrell, Ricardo Domingo c/ Libertad S.A. s/despido" CSJN, Sent. 6/2/2018, La Corte Federal estimó que resulta discriminatorio el despido de un trabajador que solicitó por escrito un aumento salarial.

23 Guía Práctica para Juzgar con Perspectiva de Género. -Oficina de la Mujer del T.S.J Provincia de Córdoba



latente. Examinando la doctrina comparada observamos que en Estados Unidos, la cuestión presenta matices diferentes. El Título VII de la Civil Right, autoriza la concesión de una variedad de formas de reparación cuando se descubre una violación a los derechos civiles. Desde su promulgación original, se autorizó a los tribunales a emitir remedios equitativos, incluyendo el restablecimiento o la vinculación con o sin pago retroactivo. Y proporciona a los tribunales de distrito con la discreción de otorgar honorarios de abogados razonables a una parte que prevalece en una acción del título VII<sup>26</sup>.

La realidad tribunalicia local y los repertorios jurisprudenciales nos indican que la mayoría de las trabajadoras y trabajadores reclaman una indemnización agravada en casos de discriminación, violencia y acoso.

## IX. APORTES SOBRE LA PRUEBA DE LA VIOLENCIA LABORAL. REPRESENTACIÓN OBSERVADA. ESTADÍSTICA

En casos de discriminación sistémica, considerada como aquella que el empleador ha adoptado un patrón o práctica de conducta, como la implementación de una política general o una serie de políticas, que discriminan reiteradamente, constantemente o intencionalmente a toda una clase protegida. (...) en general son formuladas por un grupo de demandantes unidos, como las acciones de clase, o por el gobierno, en lo que se hacen llamar casos “de patrón o de práctica”. Los demandantes confían en la evidencia circunstancial para establecer el patrón o práctica general de discriminación del empleador contra todos los miembros de sus clases protegidas<sup>27</sup>.

El demandante asume la responsabilidad de comprobar la existencia de discriminación mediante una preponderancia de las pruebas. Para hacerlo, se debe establecer un caso de prima facie. El demandado puede, evidentemente, ofrecer pruebas para negar la existencia de un caso de prima facie. Pero, cuando la Corte determina que el demandante ha establecido una demanda de prima facie, el acusado carga con la responsabilidad de presentar evidencias de una razón no discriminatoria detrás de sus políticas cuestionadas. El caso luego gira en si el demandante puede persuadir al jurado de que el empleador implementó una práctica o política discriminatoria..... El modo de evidencia circunstancial más utilizado comúnmente (aunque no el único), en casos en los que se alega trato desigual sistémico, es la información estadística que demuestra la representación “observada” de los miembros del grupo del demandante, en el personal del empleador; que luego se compara con los datos estadísticos del nivel de representación que sería “deseado” en la ausencia de discriminación<sup>28</sup>.

En la mayoría de los casos, los demandantes frente a hipótesis de discriminación sistémica ofrecen evidencias estadísticas como prueba circunstancial de la intención de discriminar del empleador contra los integrantes de un grupo protegido. En la *Hermanidad Internacional de Camioneros v. EE.UU.*, 431 EE.UU. 324 (1977), donde se planteó la discriminación a trabajadores afroamericanos, la Corte Suprema confió en la teoría de la probabilidad para explicar cómo los datos estadísticos podrían utilizarse para establecer un caso de prima facie del trato desigual sistémico. “la Corte sostuvo que una demostración estadísticamente significativa de una larga y manifiesta desigualdad entre la composición racial que se observa de un personal del demandado y la composición racial que uno esperaría en la ausencia de discriminación era justificativo de un patrón de discriminación intencional y generaría una presunción de discriminación intencional”<sup>29</sup>.

Analizando el sistema legal norteamericano, Rutherglen sostiene: “cualquier discusión detallada sobre la carga de la prueba en casos de discriminación en el empleo deja una fuerte (y no completamente indescribible) impresión de que la competencia de la doctrina

26 Friedman Joel Wn. Second Edition. Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 197

27 Friedman Joel Wn. Ob. Cit., p. 67

28 Friedman Joel Wn. Ob. Cit. Análisis de los diferentes modelos estadísticos como prueba de la discriminación, ps.28/32

29 Idem, ps. 28/29



*legal derrota cualquier intento de archivar la eficiencia en el litigio. Sólo la concepción correctiva de la igualdad justificaría un examen más exhaustivo de los motivos ofrecidos por los empleadores para eliminar los efectos de la discriminación pasada*<sup>30</sup>.

El precedente que sentó doctrina fue “Madonell Douglas Corp vs. Green”<sup>31</sup> en este caso la Corte Suprema de Estados Unidos tiene la oportunidad de explayarse sobre la doctrina judicial de la inversión de la carga de la prueba, sostiene que en una demanda privada, sin acción de clase, que imputa un despido discriminatorio basado en la raza, el demandante tiene la carga de establecer una presunción prima facie, que puede satisfacer demostrando que pertenece a una minoría racial; que solicitó y fue calificado para un trabajo que el empleador trataba de ocupar; aunque calificado, fue rechazado y, a partir de entonces, el empleador no lo contrata y busca otros trabajadores con las mismas calidades laborales que el demandante.

El caso trataba de un activista de los derechos civiles de larga data, Percy Green, quien era mecánico y técnico de laboratorio que fuera despedido por la demandada en 1964 durante una reducción de empleo. Green argumentó que su despido fue discriminatorio y la empresa Mac Donnell Douglas Corp, se defiende sosteniendo que Green había participado en una manifestación donde se había cerrado una entrada de la empresa y se había bloqueado el tráfico, impidiendo que los empleados se fueran. La empresa sostuvo que en virtud de la participación de Green en esas manifestaciones no aplicó al trabajo, pese a estar calificado. El caso fue resuelto por el Tribunal de Distrito, y luego por la Corte de Apelaciones. Llegó a la Corte y señala tres estándares.

1. El trabajador debe presentar indicios de un caso de discriminación.
2. La empresa debe presentar pruebas de que despidió legalmente, es decir no discriminando.
3. Los indicios que proponga el trabajador, pueden presentarse durante el proceso demostrando que la explicación de la empresa es insuficiente o un pretexto para la discriminación.

A partir del caso Mc Donnell Douglas vs Green, (1973) para todos los tribunales federales se invierte la carga de la prueba si el trabajador demuestra un caso a prima facie de discriminación. La tarea de los tribunales será la de examinar si los motivos que alega la empresa son legítimos o es sólo un pretexto.

## X. CONCLUSIÓN

No se requiere contrafáctico para comprender que va a ser difícil desterrar la violencia y el acoso laboral. Para ello es necesario lograr cambiar disruptivamente las bases materiales del tejido social y para ello la educación inicial es clave. La labor no es sencilla, pues se ha dicho que – una vez instalado- es más fácil destruir un átomo que un prejuicio<sup>32</sup>. El hombre tiene una propensión al prejuicio. Esta propensión radica en su tendencia normal y natural a formar generalizaciones, conceptos y categorías, cuyo contenido representa una simplificación excesiva de su mundo de experiencias. Estas pueden carecer de todo fundamento real, y se forman totalmente en base a rumores, proyecciones emocionales y fantasías<sup>33</sup>. Sin embargo comenzar a trabajar, visibilizar, legislar son acciones positivas necesarias y plausibles. Planteamos que para lograr mayor eficacia, deben ser trazadas al inicio de la escolaridad, tratando los viejos y universales problemas con nuevos abordajes, imbricando políticas públicas con diseños privados de capacitación dentro de las propias empresas. Los protocolos de actuación interna, son un avance que permite mediante nuevos paradigmas y enfoques gestionar el conflicto, desde ese anclaje la perspectiva de género y el elenco de Convenios internacionales, en especial el Convenio 190 de OIT, son herramientas ineludibles a la hora de analizar y juzgar la violencia, el acoso, la discriminación y los tratos inadmisibles.

30 Rutherglen, George, *Employment Discrimination Law, Visions of Equality in Theory and Doctrine*, Third Edition, Foundation Press, Thomson Reuters, 2010, p. 52/53

31 Corte Suprema de los Estados Unidos, 411 US 792

32 Allport Gordon W., *La naturaleza del Prejuicio*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977, p.9

33 Allport Gordon W., *Idem.*, p.43

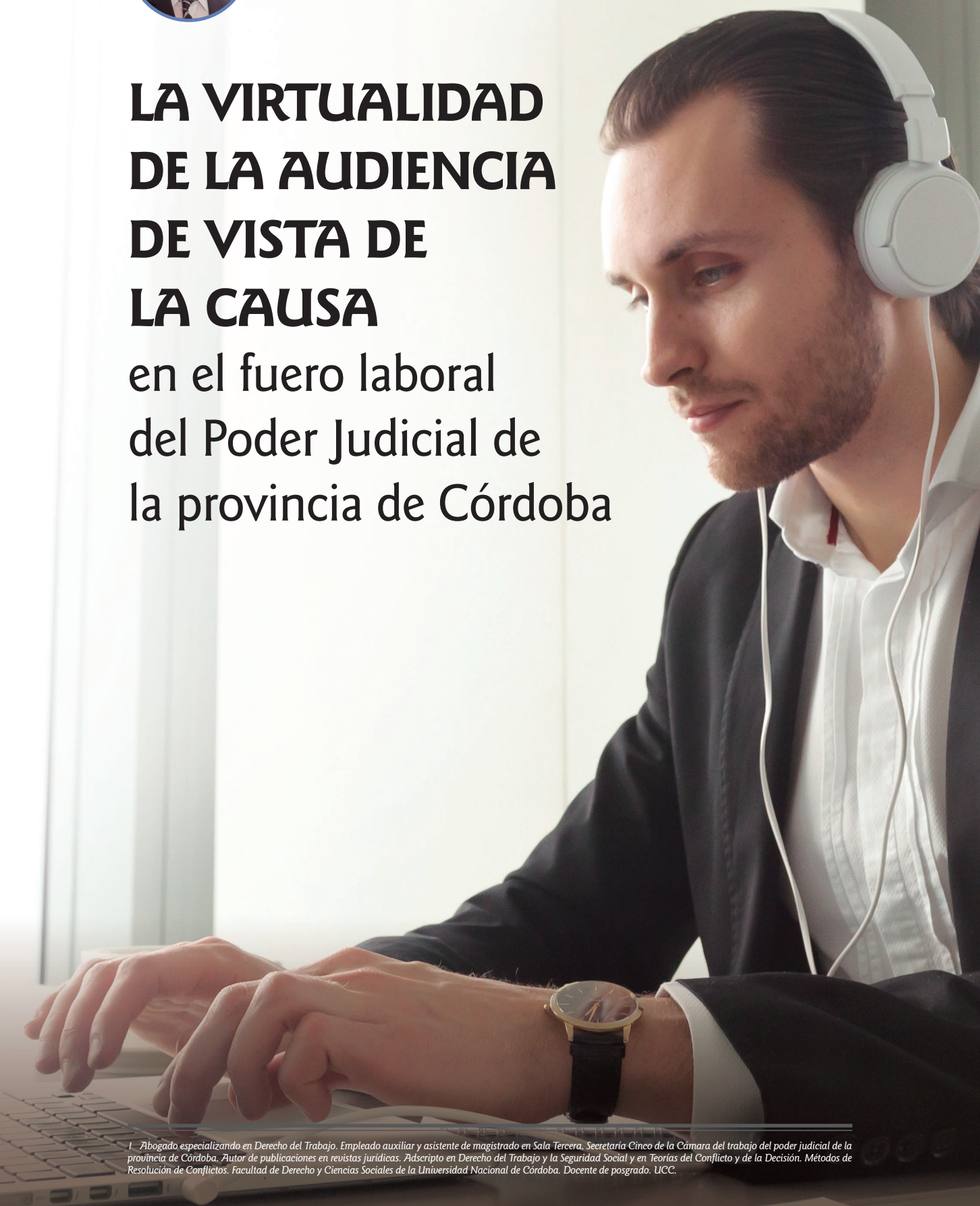




**Javier Santanoceto<sup>1</sup>**

# **LA VIRTUALIDAD DE LA AUDIENCIA DE VISTA DE LA CAUSA**

en el fuero laboral  
del Poder Judicial de  
la provincia de Córdoba



<sup>1</sup> Abogado especializando en Derecho del Trabajo. Empleado auxiliar y asistente de magistrado en Sala Tercera, Secretaría Cinco de la Cámara del trabajo del poder judicial de la provincia de Córdoba. Autor de publicaciones en revistas jurídicas. Adscripto en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y en Teorías del Conflicto y de la Decisión. Métodos de Resolución de Conflictos. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Docente de posgrado. UCC.



## I. CONTEXTO INTERNACIONAL-NACIONAL DEL 2020

Si recorremos la historia de la humanidad, el acontecimiento surgido en el 2019 con epicentro en la ciudad Wuhan de China, es un hecho inédito por el alcance y la veloz propagación de un virus por el mundo, donde Argentina parecía estar alejado nuevamente de los sucesos internacionales, pero esta vez no fue así. Tras la declaración de pandemia efectuada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), provocada por la aparición del virus COVID 19 con fecha 11/03/2020, en Argentina se dictó el consiguiente estado de emergencia sanitaria establecido por Ley N° 27.541, con adhesión por parte de la Legislatura provincial de Córdoba mediante Ley N° 10.690 de fecha 18/03/2020.

El poder ejecutivo nacional, mediante el decreto de necesidad y urgencia 260/2020 del 12/03/2020 amplió la emergencia sanitaria por el plazo de un año y dispuso la adopción de medidas para contener la propagación del coronavirus, facultando al Ministerio de Salud como autoridad de aplicación, a adquirir equipamiento, bienes y servicios, protección de insumos críticos y a adoptar las medidas de salud pública necesarias. Posteriormente como medida sanitaria decidió el aislamiento obligatorio por 14 días era para “casos sospechosos”, confirmados, de contacto estrecho, personas que transitaron por zonas afectadas, etc. Se suspendieron los vuelos internacionales, se cerraron museos, centros deportivos, salas de juegos, restaurantes, piscinas y demás lugares de acceso público. Se cancelaron los espectáculos públicos y todo evento masivo. Se impusieron distancias de seguridad y otras medidas necesarias para evitar aglomeraciones<sup>2</sup>.

En una semana, a nivel internacional, se duplicaron las personas contagiadas y las muertes por el coronavirus COVID-19, conforme lo informado por la OMS (de 118.554 infectados a 213.254 personas infectadas y de 4.281 a 8.843 fallecidas en más de 158 países aproximadamente)<sup>3</sup>. En la Argentina desde el primer caso confirmado el día 3/3/2020 al 18/03/2020 hubo 97 personas infectadas y 3 fallecidos. Es por ello que con fecha 19/03/2020, el presidente de Argentina, Alberto Fernández, mediante Decreto 297/2020, estableció el ASPO (aislamiento social preventivo y obligatorio) – que era por un plazo determinado de 14 días y terminó prolongándose por más de 180 días, pasando luego del ASPO al DISPO (distanciamiento preventivo y obligatorio).

Básicamente, en pos del cuidado de la salud, se restringieron los derechos de los argentinos descriptos por el art. 14 de la Constitución Nacional. Es necesario transcribir el art. 2 del DNU 297/2020 para comprender el alcance de esta decisión: “...Durante

la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas. Quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento dispuesto en el artículo 1°, sólo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos...”<sup>4</sup>. En resumen, la Argentina entró a la cuarentena más larga de su historia en todo el territorio nacional. Esto produjo escenas de películas apocalípticas, con calles que quedaron vacías y donde paulatinamente aparecieron en nuestras vidas el alcohol en gel, los barbijos, el teletrabajo, las videollamadas tanto con amigos y familiares como también por cuestiones laborales y académicas. Nos vimos forzados a cambiar el canal de comunicación presencial, físico por uno virtual que podía ser sincrónico o asincrónico, que impuso la distancia física como norma, que llegó para quedarse, aunque en aquel entonces aún no lo sabíamos.

## II. TRATAMIENTO DEL COVID-19 EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

En la provincia de Córdoba, la legislatura provincial mediante Ley N° 10.690 de fecha 18/03/2020, adhirió a la Ley Nacional N° 27.541. De cierta forma, se siguieron los lineamientos determinados por la Nación, pero con la posibilidad de adoptar medidas en ejercicio de la competencia provincial. Teniendo en cuenta las leyes y decretos mencionados y en especial el art. 10 del DNU 297/2020<sup>5</sup>, se creó el Centro de Operaciones de Emergencia (conocido por sus siglas “COE”) en la provincia de Córdoba, mediante resolución N° 311 del 24/03/2020. Se facultó a este ente con el fin de concretar la planificación, organización, dirección, coordinación, y control de todas las acciones referidas a los eventos adversos relacionados con a la pandemia Coronavirus (COVID-19)<sup>6</sup>. Pasó a tomar todas las decisiones de índole sanitaria con el ejercicio del poder de policía en todo el territorio provincial. En este orden de ideas y sumergiéndonos en nuestro ámbito del poder judicial de Córdoba, teniendo en cuenta que existían distintos sectores exceptuados del ASPO, entre ellos el personal de los servicios de justicia de

<sup>2</sup> Parafraseando el DNU 260/2020 del 12/03/2020, URL: [https://www.argentina.gob.ar/coronavirus/dnu\\_consultada\\_el\\_11/03/2021](https://www.argentina.gob.ar/coronavirus/dnu_consultada_el_11/03/2021)

<sup>3</sup> [https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-297-2020-335741/actualizacion\\_consultada\\_el\\_11/03/2021](https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-297-2020-335741/actualizacion_consultada_el_11/03/2021)

<sup>4</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/335741/norma.htm>

<sup>5</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/335741/norma.htm>

<sup>6</sup> <https://www.cba.gov.ar/wp-content/uploads/2020/03/Resoluci%C3%B3n-Minist.-Salud-Nro.-0311-a%C3%B3-2020-Crea-CENTRO-DE-OPERACIONES-DE-EMERGENCIAS-COE-1.pdf>



turno, establecido mediante art. 6 inc. 3 del DNU 297/2020 que expresa: “...Quedan exceptuadas del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, según se detalla a continuación, y sus desplazamientos deberán limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios: 3. Personal de los servicios de justicia de turno, conforme establezcan las autoridades competentes...”<sup>7</sup>, se tomaron medidas tendientes a evitar la paralización de la prestación de los servicios de justicia.

El Centro de Operaciones de Emergencias (COE) de la Provincia de Córdoba autorizó el documento “Protocolo de actuación y recomendaciones generales para servicio presencial de justicia en la provincia de Córdoba durante la emergencia sanitaria por Covid-19”<sup>8</sup> presentado por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJ) y el Ministerio Público Fiscal<sup>9</sup>. Asimismo, dicha autoridad dispuso que podrían implementarse mayores servicios presenciales en la Cámara Única del Trabajo y, en consecuencia, habilitó excepciones al cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) y a la prohibición de circular.

### III. EL SALTO DIGITAL DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

La situación internacional del Covid19 atravesó (y sigue atravesando) todos los ámbitos públicos y privados de trabajo, educación, salud, seguridad, etc. Específicamente en el Poder Judicial, la Administración General a dictó varias resoluciones gene-

rales tendientes a adecuarse a la “nueva realidad” que impuso el marco supra descripto. Así, la Resolución N° 44 de fecha 05/03/2020 y la N° 49 de fecha 10/03/2020 relativas al personal que había viajado al exterior y que previo a reintegrarse a trabajar, debía concurrir a medicina laboral a los fines de una evaluación médica y otorgándoseles licencias médicas pagas por 14 días como medida preventiva ante casos sospechosos. Todo ello en consonancia con la Resolución N° 178/2020 del Ministerio de Trabajo de la Nación, a la cual de conformidad a las atribuciones fijadas en los arts. 166 inc. 2° C. Provincial y 12 inc. 1° de la L.O.P.J. N° 8435, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba adhirió mediante Acuerdo Reglamentario N° 1617, Serie “A”.

Posteriormente el 16/03/2020 mediante acuerdo 1620 Serie “A”, dispuso un receso judicial extraordinario, por razones sanitarias, entre los días 17 y 31 de marzo inclusive de 2020 (período que se fue prolongando mediante A.R. N° 1621 y siguientes con distintas modalidades y ampliación de prestación de servicios) para el Centro Judicial Capital, y las sedes del interior de la provincia, período en el que al principio se otorgó una prestación mínima del servicio, limitado a asuntos de urgente despacho o que por su naturaleza no admitieran postergación. De este modo se suspendieron los plazos procesales y administrativos, y se “...exhortó a los abogados y a la ciudadanía que limiten la asistencia a tribunales “sólo a la realización de trámites imprescindibles e impostergables...”<sup>10</sup>, a cuyo fin se implementó la presentación de escritos judiciales de manera remota utilizando la casilla de mails oficiales de funcionarios y empleados. Se evacuaban las consultas y se remitían los pedidos y solicitudes vía correo electrónico, se creó una barandilla virtual a través de equipos de trabajo conformados por un magistrado, funcionarios y representantes de cada cámara o juzgado (del cual participó) que atendían los pedidos de letrados y auxiliares de justicia utilizando el teléfono. Durante los tres primeros meses del receso judicial extraordinario, existieron mesas de atención permanente de cada fuero e instancia, coordinadas por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

<sup>7</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/335741/norma.htm>

<sup>8</sup> Protocolo de actuación y - Justicia Córdoba [www.justiciacordoba.gob.ar/Inicio/fileAdjunto](http://www.justiciacordoba.gob.ar/Inicio/fileAdjunto)

<sup>9</sup> <https://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=22105>

<sup>10</sup> <https://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=22024>



Poco a poco se habilitó la posibilidad que además mediante un trámite totalmente remoto, abogados, martilleros y síndicos fueran adhiriéndose al servicio de Extranet del Poder Judicial, posibilidad absolutamente vedada hasta entonces, sin necesidad de dirigirse personalmente a los edificios judiciales de la provincia<sup>11</sup>. Asimismo, a los restantes protagonistas del derecho se los habilitó para que solicitaran órdenes de pago, efectuaran presentaciones electrónicas y todo o pedido relacionado con las causas judiciales en las que participaban mediante el SACM para auxiliares. Esto significó un avance extraordinario e impensado hasta ese momento desde el área TICs del poder judicial de Córdoba. Recordemos que hasta marzo de 2020 toda presentación judicial se hacía por escrito en soporte papel, salvo en aquellos expedientes que nacían 100% electrónicos que eran un porcentaje pequeño. En efecto, sólo se contaba con expedientes 100% electrónicos y 100% en soporte papel, pero esto cambió mediante el Acuerdo Reglamentario n°. 1657, con el que el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJ) dispuso transformar masivamente las causas tramitadas en papel a expedientes electrónicos mixtos, desde el 01/10/2020, en forma gradual manteniendo las actuaciones previas a la transformación del expediente en cuerpos físicos solo para consulta, pero permitiendo a partir de entonces que todas las presentaciones se digitalicen y se realicen mediante el SACM.<sup>12</sup>

Hoy la mayoría de los expedientes se transformaron en “mixtos”, quedando como un resabio de otros tiempos las constancias plasmadas en el papel, que de a poco está desapareciendo. En efecto, actualmente todas las presentaciones se efectúan por vía informática en el “Despacho diario” habilitado a tal fin en el SAC y sólo se admiten presentaciones en papel cuando su diligenciamiento resulten imposible mediante el sistema supra mencionado (ej: oficios de embargos dirigidos a personas o instituciones con las que resulte inviable la remisión del documento suscripto por el Juez, mediante e-oficio o e-mail u otro medio electrónico), en cuyo caso el diligenciante solicita turno a los fines de su presentación de manera presencial. Sin embargo esta modalidad pasó a ser la excepción en menos de un año.

Resulta oportuno mencionar también que para evitar la circulación de personas dentro del edificio de tribunales se implementó la posibilidad de remitir todas aquellas constancias de la causa que necesitan las partes a los fines de su estudio o tramitación, vía mail mediante el escaneo de las mismas o su fotografía.

Como puede advertirse el 2020 fue un año de grandes e impensados cambios en el poder judicial de Córdoba en su conjunto que permitieron poder llevar a cabo la labor judicial lo más acabadamente posible dentro de la realidad social, económica, sanitaria y política que planteó el Covid-19, sin descuidar la salud de quienes prestan y reciben el servicio, a cuyo fin se implementaron los me-

11 <https://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciaCordoba/Inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=22178>

12 <https://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciaCordoba/Inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=22276>







dios tecnológicos existentes que habían sido ignorados hasta ese momento. Sin embargo desde el 16/03/2020 se suspendió la posibilidad tomar audiencias de manera presencial por el receso judicial extraordinario dispuesto mediante acuerdo 1620 Serie "A" lo que implicó la paralización de las causas que se encontraban en dicho estadio procesal. Es por ello que en este contexto pandémico complejo, imprevisible e incierto, donde nada es ni se presenta como se hizo siempre, donde todo puede cambiar día a día, minuto a minuto, se buscó dar continuidad a la recepción de audiencias de vista de la causa en la Cámara Única del Trabajo de la ciudad de Córdoba de manera virtual.

#### **IV. LA VIRTUALIDAD DE LAS AUDIENCIAS DE VISTA DE CAUSA DE LA CÁMARA ÚNICA DEL TRABAJO**

Para lograr una mayor presencialidad del personal judicial de la Cámara Única del Trabajo, fue necesario adaptar el contenido del *"Protocolo de actuación y recomendaciones generales para servicio presencial de justicia en la provincia de Córdoba durante la emergencia sanitaria por Covid-19"*<sup>13</sup> al contexto de la Cámara Única del Trabajo, su infraestructura particular y en el marco de la realidad sanitaria local. Sin perjuicio de la flexibilización que se dispuso del ASPO al DISPO, la prestación del servicio de justicia, en su modalidad presencial, debía ser de manera tal que evite la circulación y el contagio del virus, la consiguiente afectación a la salud pública y de los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas.

La evolución de la pandemia demandó una permanente evaluación de las medidas adoptadas por ser un fenómeno dinámico que hasta hoy en día justifica la constante definición de acciones para la protección de la salud y la prevención del contagio, intentando minimizar los riesgos de las personas que puedan contraer la patología. Adviértase que todas las medidas de bioseguridad e higiene implementadas conforme los protocolos mencionados, para asegurar la prestación del servicio de justicia de manera presencial, en el marco de la realidad sanitaria local fueron estrictamente cumplidas por parte de todo el personal, durante un año calendario (desde el inicio del receso extraordinario judicial el 17 de marzo 2020 y hasta la mudanza de las 11 Salas de la Cámara del Trabajo de Córdoba al polo judicial durante marzo 2021), en el edificio de Tribunales III, sito en calle Balcarce 590 esquina Bv. Illia de la ciudad de Córdoba, lo que posibilitó que no se verificaran casos de contagio ni se lamentara el deceso de ninguno de sus inte-

<sup>13</sup> Acuerdo Reglamentario -AR- 1624 serie A del 09/05/2020.



grantes ni letrados o ciudadanos que asistieron a un turno o a una audiencia presencial en el salón Biale Masse o testigos en las audiencias virtuales recepcionadas por el sistema Cisco Webex.<sup>14</sup>

Si tenemos en cuenta los diversos Acuerdos Reglamentarios dictados por el Tribunal Superior de Justicia —cfr. N° 1622 Serie A, y su Anexo IV, N° 1623 Serie A y su Anexo IV, N° 1625 y N° 1629, serie A—, y en el marco de la continuidad de la emergencia sanitaria, no podían (ni pueden aún) llevarse a cabo la recepción de las audiencias presenciales fijadas desde el 17/03/2020 como se tomaban con anterioridad al Covid19. En efecto, antes de pandemia se encontraban habilitadas a dicho fin las 11 salas de audiencias del edificio, las que quedaron reducidas a partir de la reanudación del servicio de justicia de manera presencial en junio de 2020 solamente a la Sala Biale Masse. A dicho recinto se accedía por calle Balcarce y, atento a sus dimensiones, ingresaban solo los participantes al acto, en un número de personas que no superó el máximo de 10, incluidos el Magistrado y funcionario actuantes, con días y horarios establecidos, teniendo en consideración que entre audiencia y audiencia debía existir un tiempo mínimo de media hora a los fines de la debida higienización y evitar aglomeraciones. Este tipo de audiencias presenciales fueron para aquellos vocales, funcionarios y personal que no se encontraban exentos a concurrir a tribunales, atento que la Resolución N° 57 de la Administración General del Poder Judicial de Córdoba, determinó:

*“...no tendrán que concurrir a tribunales los siguientes grupos: 1.- Las personas que hayan cumplido 60 años o más años de edad, a la fecha de la presente resolución, o que los cumplan durante su vigencia. 2.- Mujeres embarazadas. 3.- Personas con depresión inmunológica de cualquier origen. 4.- Personas que padezcan diabetes. 5.- Personas con insuficiencia renal. 6.- Personas hipertensas o con patologías cardiovasculares. 7.- Personas trasplantadas. 8.- Personas con patologías oncológicas. 9.- Personas con antecedentes de patología respiratoria crónica o cursando infecciones respiratorias. Dichos supuestos podrán ser ampliados por la Administración General...”<sup>15</sup>*

Para los vocales que, por encontrarse dentro de los grupos de riesgo supra definidos no podía concurrir presencialmente al edificio, se habilitó la posibilidad de realizar “home office”, para lo cual no sólo se autorizó la firma digital a distancia, sino que se crearon dos (2) Salas de videoconferencia a los fines de la recepción de audiencias de vista de la causa virtuales por el sistema Cisco Webex que implicó una importante inversión económica. Para esto último, se equiparon y adecuaron las Salas de audiencias de las Salas 3ra. y 6ta. de la Cámara del Trabajo con equipos tecnológicos de última generación que permitió la recepción de las audiencias de vista de la causa de manera virtual sin la presencia física del magistrado en la Sala, el que fue trasladado al nuevo edificio en el Polo Ju-

dicial para seguir siendo utilizado mientras dure la pandemia. Los únicos que concurren de manera presencial al edificio de tribunales son los testigos, quienes al ingresar se encuentran con los puestos de sanitización, destinado a la desinfección de manos, objetos personales y suelas de calzado. El personal policial controla que se cumpla con la protección facial o tapabocas de uso obligatorio y mide la temperatura corporal. Luego, un empleado o funcionario (dependiendo del funcionamiento y asignación de tareas de cada Sala) busca uno por uno a los testigos y los hace ingresar a la sala correspondiente para dar el testimonio. Finalizado el acto, se retira el testigo del edificio, con el otorgamiento de certificado de haber estado a disposición del tribunal de ser requerido, para ser presentado ante quien corresponda. Mientras tanto, a través de la videoconferencia, los letrados, las partes y el vocal de Cámara continúan en sus hogares o estudios jurídicos (dependiendo de si los letrados son apoderados o letrados patrocinantes y si se lleva a cabo la prueba confesional o no), sin riesgos de contagio alguno, en consonancia con la normativa referida supra.

Más allá de todo lo explicado en relación a la mecánica y metódica del procedimiento que se lleva a cabo a los fines de la toma de audiencias de vista de causa virtuales, en las mismas encontramos el férreo cumplimiento de los **principios del derecho procesal laboral**, que son los mínimos inderogables del orden público laboral de los derechos tutelados, líneas directrices que iluminan y orientan los institutos. Cada audiencia de debate virtual, contiene **impulso procesal de oficio** (arts. 15 y 33 LPT). El tribunal tiene la obligación de activar el proceso y esto se produce a partir del avocamiento del vocal de cámara a la causa y en la fijación de día y hora para la audiencia de vista de causa -virtual- (arts. 56 y 57 LPT), permitiendo el avance de la resolución del litigio pese a las restricciones de circulación impuestas de manera preventiva y haciendo efectivos los cuidados de la salud de todos los que necesariamente deben participar de la misma (magistrados, letrados, empleados, partes y testigos).

Asimismo, advertimos que se cumple con el **principio de oralidad** (arts. 3 inc. 1 y 58 LPT), que en términos de Podetti significa “la relación inmediata entre los jueces y las personas, cuyas declaraciones los mismos están llamados a apreciar, una racional contemporización de lo escrito y de la palabra como medios diversos de manifestaciones del pensamiento”<sup>16</sup>. El principio citado, asegura la inmediatez del juzgador y permite que la comunicación, que va más allá del lenguaje hablado, incluyendo también gestos, expresiones, tonos de voz, etc., llegue directamente al juez, sin intermediarios, y puedan determinar su convicción a la hora de fallar. Son actos personalísimos del tribunal, y deben ser realizados, por el juzgador de la causa. De este modo advertimos que en las audiencias virtuales el testigo es interrogado por el juez que resolverá la causa directamente a través de una pantalla. No se encuentran en el mismo re-

<sup>14</sup> parafraseando las pautas particulares de actuación de la cámara única del trabajo de la ciudad de Córdoba.

<sup>15</sup> <https://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciaCordoba/Inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=22023>

<sup>16</sup> PODETTI, J. Ramiro, conferencia intitulada “Anhelos de reforma del procedimiento civil” publicada en el Boletín del Ministerio de Justicia de la Nación Argentina, dic. 1949, p. 721



cinto físico, pero la tecnología posibilita la comunicación inmediata y en tiempo real entre las partes participantes del acto. Todos ven y escuchan al unísono las preguntas y respuestas que se realizan en el acto, se escucha, observa y perciben los gestos y tonos de voz empleados por los distintos participantes de la misma. Claramente el debate sigue siendo oral, público y continuo. Lo contrario implicaría un proceso escrito, privado e interrumpido. En efecto, el haber cambiado el canal de comunicación presencial por el virtual en la audiencia de vista de causa no afectó la palabra como modo de expresión que es lo que implica la oralidad. Esto hace también a otro de los presupuestos del Derecho Laboral “**la concentración**” de las actuaciones en una única audiencia, evitándose de esta manera dilaciones inoficiosas o desdoblamientos inconducentes. En efecto, los actos procesales deben tender a agotarse en su mayor extensión, tratando de esa manera lograr un proceso laboral, que en función de los intereses en juego, sea lo más breve posible<sup>17</sup>. La implementación de las audiencias virtuales busca lograr hacer efectivo también este **principio**, otorgándole celeridad y continuidad al proceso judicial. En la audiencia de debate virtual, cuya duración es de 1 hora 45 minutos, se tiende a que los actos procesales se agoten en un único encuentro para lograr recabar todas las pruebas orales ofrecidas de manera efectiva y de ese modo propender a que el proceso laboral se lleve a cabo dentro de un período razonable.

Cada encuentro virtual a los fines de la vista de la causa es sincrónico lo que mantiene vigente el **principio de inmediatez**. El juez, las partes, los letrados y los testigos, están en vivo, en un mismo espacio temporal, no de manera diferida, no de manera asincrónica ni mucho menos grabada y reproducida con posterioridad. En la jerga artística se diría “EN VIVO”. Todo el acto se lleva a cabo en el mismo momento, con debate, con preguntas y respuestas simultáneas, a través de las cámaras y micrófonos incorporados a los aparatos tecnológicos que utilizan los participantes en cada audiencia virtual. Además, como ocurre en las audiencias presenciales, las partes o el magistrado pueden solicitar que los hechos que se estimen relevantes queden registrados en el acta que sigue realizándose y luego se sube al SACM.

Por último, se verifica que tales audiencias cumplen también con el **principio de gratuidad** (art. 5 y 29 LPT), desde que, en caso de ser necesario, se otorga la participación correspondiente al asesor letrado del Trabajo en la audiencia de vista de causa virtual, en representación del actor ausente, procediéndose a recepcionar la prueba oral como sucedía en las audiencias presenciales.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

A partir de las primeras audiencias de vista de causa virtuales fijadas y tomadas a partir de Julio de 2020, podríamos decir que el sistema aparentaba ser falible, pero con el correr de los meses se produjo una aprehensión del mecanismo virtual por parte del personal, funcionarios, magistrados, letrados, partes y testigos, como una herramienta vital para la recepción de las mismas por quienes se encontraban imposibilitados de concurrir presencialmente al edificio y se dio un impulso positivo a la tramitación de las mismas que de lo contrario estarían paralizadas. No hubo planteos de nulidad de ningún tipo -0%- , lo que denota que este nuevo camino que empezamos a recorrer de manera virtual se presenta como una alternativa que continuará más allá de la pandemia y al transitarlo se irán mejorando los instrumentos que han dado respuesta al justiciable, siendo una vía más de acceso a la Justicia.

Retornar a la presencialidad lisa y llanamente en su completitud, por lo menos en el corto plazo, sería contrario a la normativa vigente y a todos los protocolos y acuerdos reglamentarios hasta aquí dictados. No hay que olvidar que seguimos en pandemia y con afectados y muertos a diario por el covid 19, ingresando a la denominada “segunda ola”. Si bien la población en general se ha relajado por la existencia de varias vacunas y la implementación del proceso vacunatorio en nuestra provincia, la Argentina y el mundo, aún no tenemos - hasta el presente artículo - ni el 1% del personal vacunado en el poder Judicial de Córdoba, lo que importa un alto riesgo a la posibilidad de fijar un número alto de audiencias de vista de la causa de manera presencial.

<sup>17</sup> TOSELLI Carlos A. ULLA Alicia Graciela, Código Procesal del Trabajo, Ley 7987, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2004 p.29



Por cuestiones organizativas y preventivas, la presencialidad es administrada, la reducción de circulación física en los edificios es necesaria para el resguardo de la salud de todos los protagonistas del proceso. No hay que retroceder en las medidas que se han adoptado, mucho menos cuando la Justicia está más cerca del justiciable a través de las tecnologías aplicadas en todos los ámbitos del poder judicial, por ejemplo, mediante barandilla telefónica, audiencias de debate virtuales, comunicación vía correo electrónico, celulares, etc. De ser obstinados, pondremos en riesgo la salud de quienes otorgan y reciben el servicio, aumentando las posibilidades de contagio y de todas las consecuencias que aún no conocemos del virus.

Específicamente en el ámbito de la Cámara Única del Trabajo, resulta necesario y hasta imperioso que coexistan las audiencias de vista de la causa presenciales y virtuales (como hasta ahora), potenciando aún más los canales de comunicación virtual, agilizando así los procesos judiciales laborales. Lo contrario llevaría a profundizar el atraso en la resolución de las causas, problema endémico que afecta a las Salas de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba. Ambas formas tienen ventajas y desventajas, pero corresponde enfocarse en las primeras que garantizan hacer efectivos los principios procesales y sustantivos que hacen a nuestra materia. Adviértase que en este sentido resulta invaluable la posibilidad de recepcionar la prueba oral virtualmente cuando los testigos o las partes o letrados, o todos ellos, se encuentran en un pueblo, en otra ciudad o provincia. En efecto, la utilización de los recursos tecnológicos aparte del Cisco Webex Meetings que se encuentran al alcance de cualquier persona (a sabiendas de la existencia de brecha digital y tecnológica) como un teléfono celular con la aplicación de whatsapp (cuya utilización se encuentra mundialmente extendida) se vislumbra como otra alternativa para evitar perder una prueba testimonial o confesional y posibilitar el avance del proceso.

Ninguna de las medidas adoptadas para la recepción de las audiencias de vista de la causa de manera virtual se encuentra prohibida en nuestro Código Procesal. Incluso la reforma que este sufrió en 2018 mediante la ley 10456 implicó el reconocimiento de estas tecnologías y su incorporación (adviértase a dicho fin lo establecido en el art. 11 de la ley 10596). En este contexto, constantemente estamos probando todas las formas posibles para que los justiciables no se vean imposibilitados del acceso a la Justicia y de esa manera, y de esa manera sortear las dificultades que la pandemia impone.

En esta línea de pensamiento, coincidimos con las expresiones del presidente del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJ), Sebastián López Peña, quien durante la Conferencia de Apertura del Año Judicial 2021, pronunciada el 12 de marzo, en los tribunales de la ciudad de Marcos Juárez, convocó:

a toda la comunidad judicial a esforzarse para prestar un servicio de justicia “más transparente, más comprensible, más amable con las personas; una Justicia de calidad que haga más ágiles los procesos”. (...) También resaltó: “Estos tiempos, particularmente difíciles, nos convocan a estar atentos, a no ser indiferentes, a cuestionarnos, a mirar al otro, a ponernos en la situación del justiciable que llega a nosotros esperando una respuesta adecuada y en tiempo razonable”. “Los aliento a que ratifiquemos, revitalicemos y renovemos los valores y principios sobre los que se ha sedimentado este Poder Judicial. ¡Que no nos paralicen las dificultades! Tengamos presente que las mejores planificaciones, programas, desarrollos, metas, no dejan de ser abstracciones grandilocuentes, si no hay personas dispuestas a asumir compromisos y hacerse responsables” (...) “...Hay que dejar atrás la cultura rígida y formalista, la soberbia que nos impide escuchar las sugerencias y propuestas para mejorar; hay que ejercitar virtudes y valores...”<sup>18</sup>

<sup>18</sup> <https://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/Inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=32377>





**Ricardo Francisco Seco<sup>1</sup>**

# **¿Quiénes son los DOCENTES DISPENSADOS DE DICTAR CLASES PRESENCIALES EN CÓRDOBA EN 2021**

**en los niveles Inicial, Primario,  
Secundario y Terciario  
no Universitario  
y quiénes no?**



---

<sup>1</sup> Abogado y notario (UCC); doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC); profesor de grado de DTySS(UCC); profesor de posgrado de varias universidades argentinas y una extranjera; exvocal de la Cámara Civil y Comercial, Trabajo y Familia, Cruz del Eje, Córdoba; investigador de la Universidad Blas Pascal de Córdoba y presidente de la Sala de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Blas Pascal, publicista.



# I. LAS NORMAS JURÍDICAS QUE REGULAN LA RELACIÓN DE LOS DOCENTES DE INSTITUTOS DE GESTIÓN ESTATAL EN CÓRDOBA CON EL ESTADO PROVINCIAL Y A LOS DE GESTIÓN PRIVADA CON SUS EMPLEADORES

## I. DOCENTES DE INSTITUTOS EDUCATIVOS DE GESTIÓN ESTATAL

La relación del Estado provincial (empleador) con los docentes de institutos educativos de gestión estatal en la provincia de Córdoba (trabajadores dependientes) de los niveles inicial, primario, secundario y terciario no universitario se rige fundamentalmente por los estatutos vigentes para cada sector.

Ellos son el decreto-ley 1910/E/57 para los de los niveles inicial y primario y el decreto-ley 214/E/-63 para los de nivel secundario, educación especial y superior no universitaria.

Tales normas son parte del Derecho Administrativo Laboral, de raigambre provincial, arts.5º,31 y 121, CN, y arts.104 inc.26 y 144 inc.1) de la Constitución Provincial de Córdoba.

Estas normas, más otras específicas de origen provincial que se relacionan con ellas, regulan el ingreso, derechos y deberes, traslados, ascensos, jornada, incompatibilidades, licencias y vacaciones, remuneraciones y egreso de los docentes estatales.

## 2. DOCENTES DE INSTITUTOS EDUCATIVOS DE GESTIÓN PRIVADA ADSCRIPTOS A LA ENSEÑANZA OFICIAL

Las relaciones de los propietarios (empleadores) de los establecimientos de educación de gestión privada adscriptos a la enseñanza oficial (tengan o no éstos aporte estatal) con su personal docente (trabajadores dependientes) se rigen por normas del Derecho del Trabajo, más concretamente la ley 13.047 (su estatuto especial), y además complementariamente por la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. ley 20.744).

Aun cuando el Estado provincial ejerza contralor sobre los institutos adscriptos o, incluso, realice aportes económicos para el pago de salarios, *media entre las partes "una relación laboral", sin que por ello se sustituya a los sujetos de aquélla.*<sup>2</sup> La

CSJN dijo que *"el personal que presta servicios en institutos privados de enseñanza mantiene un vínculo laboral de empleo privado, ajeno por completo a las características del empleo público"*.<sup>3</sup>

Además de ello algunas normas provinciales son transpuestas al régimen laboral privado ante la autorización conferida por arts.7º y 11 de la ley 13.047, en aplicación por el *"principio de la equiparación"* con los docentes estatales (la que no es absoluta), y como consecuencia de la concesión estatal (reconocimiento o adscripción en Córdoba) a los establecimientos que lo soliciten.

La plenitud del estatuto nacional especial de los docentes privados, ley 13.047, arts.1º, 2º inc. a) y 7º(en especial con la estabilidad relativa propia de los arts.13 y 14 del estatuto), se les aplica con más la LCT y otras normas que ya veremos- *al personal directivo, docente y docente auxiliar de planta funcional* (también llamado *"programático o curricular"*) del instituto privado adscripto.

Las normas que regulan la jornada, vacaciones, licencias, remuneraciones e incompatibilidades de los docentes de las escuelas de gestión estatal se aplican a los docentes privados en cargos curriculares, programáticos o de planta funcional aprobada de institutos adscriptos a la enseñanza oficial provincial. Sólo nos ocuparemos de ellos aquí dejando de lado a los extracurriculares de institutos adscriptos o a los dependientes de academias de educación no formal.

## II. LA EMERGENCIA, LA PANDEMIA Y LAS NORMAS LABORALES PARA LA EMERGENCIA

1. La ley 27.541 (B.O.,23/12/2019) declaró la emergencia pública en varias temáticas, entre ellas la sanitaria hasta el 31 de diciembre de 2020.

El DNU 260/2020 (B.O.,12/3/2020) amplió la emergencia declarada por un año. Esa emergencia fue ampliada hasta el 31 de diciembre de 2021 por el DNU 167/2021 (publicado en un suplemento del B.O.,11/3/2021).

2. Después que la Organización Mundial de la Salud calificara al Coronavirus o Covid-19 como una pandemia, el Presidente de la Nación dictó el DNU N°260/2020 (B.O.,12/3/2020). Mediante ese instrumento otorgó *facultades especiales al Ministerio de Salud de la Nación.*

*En el art.7º del DNU se impuso el aislamiento obligatorio por 14 días a las personas que se encontraran ya afectadas por la enfermedad o hubieran*

2 CSJN, 29/08/1969, "Carrieri, María T. v. Instituto Nuestra Señora del Carmen", Fallos 272:326, citada por BRAVO, ob. cit., p. 53.

3 CSJN, 4/11/1996, "Obra Social para la Actividad Docente c/ Buenos Aires, Provincia de s/sumario", Fallos:319:408.



*estado o podido estar expuestas al contagio.* En el art. 12 se estableció que el MTESS debía determinar las condiciones de trabajo y licencias que deberán cumplir quienes se encuentren comprendidos en las previsiones del art. 7° durante el plazo que fije la autoridad sanitaria. Se lo facultó para establecer regímenes especiales de licencias de acuerdo a las recomendaciones sanitarias.

**3.** El Ministerio de Educación de la Nación, en aplicación del DNU aludido, dictó varias resoluciones seguidamente como la N°103 (B.O., 14/3/2020), la resolución 105/2020 (B.O., 16/03/2020).

La resolución 108/2020 MEN (B.O., 16/3/2020) estableció -en acuerdo con el Consejo Federal de Educación y en coordinación con los organismos competentes de todas las jurisdicciones, conforme con las recomendaciones emanadas de las autoridades sanitarias, y manteniendo abiertos los establecimientos educativos- *la suspensión del dictado de clases presenciales en los niveles inicial, primario, secundario en todas sus modalidades, e institutos de educación superior, por catorce (14) días corridos a partir del 16 de marzo.* Entre otras se recomendó adoptar la medida de: “(...) Asegurar las medidas necesarias para la comunicación y el seguimiento de las actividades de enseñanza propuestas por las autoridades educativas nacionales y jurisdiccionales, que estarán disponibles para su implementación durante este período mediante distintos soportes, a los efectos de acompañar la vinculación entre los equipos docentes, estudiantes, familias y comunidades.”

Las provincias adhirieron a las medidas dispuestas en relación a la suspensión del dictado de clase en todos niveles educativos y modalidades, en instituciones de gestión estatal y de gestión privada, desde el lunes 16 y hasta el 31 de marzo, inicialmente, luego prorrogado por largo tiempo. La suspensión de las clases presenciales duró todo el año 2020.

**4.** En ejercicio de las facultades otorgadas por el DNU 260/2020, el 13/3/2020 el MTESSN dictó la resolución N°202/2020(B.O., 14/3/2020).

Ella, además de derogar sus precedentes 178/2020 y 184/2020, *ordenó la suspensión del deber de asistencia al lugar de trabajo con goce íntegro de sus remuneraciones a todos los trabajadores y trabajadoras que se encuentren en las situaciones descriptas en el artículo 7 del DNU 260/2020,* y extendió esta suspensión a quienes presten servicios de forma continua bajo figuras no dependientes, tales como locaciones de servicios, becas, pasantías y residencias médicas (art. 1).

El art.4° de la resolución N° 202/2020, además previó la posibilidad de que los trabajadores que, aunque dispensados del deber de asistencia, no tuvieran la confirmación de haber contraído el COVID-19 ni presenten síntomas que lleven a que se lo considere caso sospechoso, *puedan realizar sus tareas desde el lugar de aislamiento, para lo cual deberían establecer con su empleador las condiciones para ejecutar esa labor.*

**5.** La resolución N° 207/2020 (B.O., 16/3/2020) por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación amplió los sujetos dispensados de concurrir a prestar tareas e incluyó: a. Trabajadores y trabajadoras mayores de sesenta (60) años de edad, *excepto que sean considerados “personal esencial para el adecuado funcionamiento del establecimiento”.* Se considerará “personal esencial” a todos los trabajadores del sector salud; b. Trabajadoras embarazadas; c. Trabajadores y trabajadoras *incluidos en los grupos de riesgo* que define la autoridad sanitaria nacional: Enfermedades respiratorias crónicas”, que señala; “Enfermedades cardíacas”, que también señala; “Diabéticos, personas con insuficiencia renal crónica en diálisis o con expectativas de ingresar a diálisis en los siguientes seis meses.”

Asimismo el art.3° dispuso que, mientras dure la suspensión de clases en las escuelas establecida por resolución N°108/2020 del Ministerio de Educación de la Nación o sus modificatorias que en lo sucesivo se dicten, se considerará *justificada la inasistencia del progenitor, progenitora, o persona adulta responsable a cargo, cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente.* La persona alcanzada por



esta dispensa deberá notificar tal circunstancia a su empleador o empleadora, justificando la necesidad y detallando los datos indispensables para que pueda ejercerse el adecuado control. Podrá acogerse a esta dispensa solo un progenitor o persona responsable, por hogar.

La respuesta doctrinaria y jurisprudencial prevalente ha sido positiva a que corresponde remuneración en esos casos.

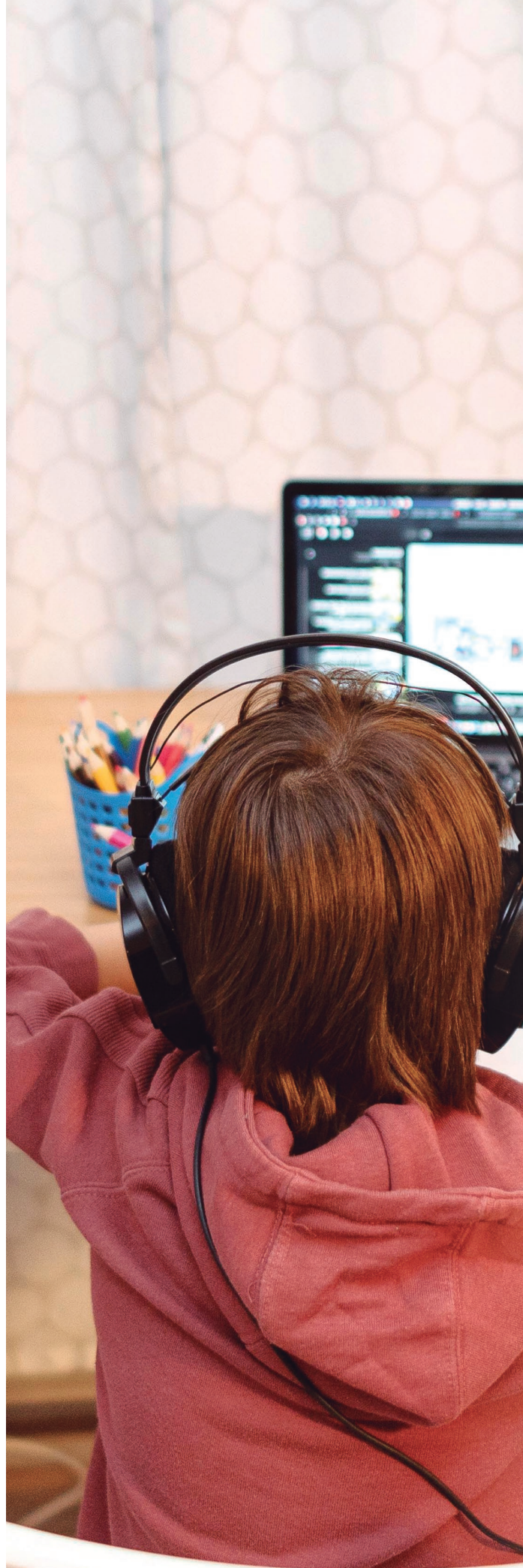
La norma aludida, al igual que la resolución N°202, destaca que *los trabajadores alcanzados por la dispensa del deber de asistencia al lugar de trabajo según esta resolución, cuyas tareas habituales u otras análogas puedan ser realizadas desde el lugar de aislamiento, deberán en el marco de la buena fe contractual, establecer con su empleador las condiciones en que dicha labor será realizada.*

6. El 19 de marzo de 2020 el Presidente de la Nación dictó el DNU N°297/2020(B.O.,20/3/2020). Éste ordenó a partir de la 0 hora del 20 de marzo, con carácter general, el aislamiento social, preventivo y obligatorio en todo el territorio de la Nación desde el 20 y hasta el 31 de marzo (art. 1 ro.). Durante este período, las personas deberán *permanecer en sus residencias habituales ... (y) ...deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo...* (art. 2). Se exceptuó de esta medida extrema a las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, enumeradas inicialmente en el artículo 6to. del mismo DNU.

Ese listado que fue luego ampliado por la Decisión Administrativa del Jefe de Gabinete de Ministros Nro. 492/2020, del 20 de marzo de 2020. El aislamiento social, preventivo y obligatorio fue prorrogado varias veces hasta convertirse en distanciamiento social, preventivo y obligatorio en algunas zonas y luego en general en todo el país.

7. La resolución N°219/2020 del MTESSN (B.O. 20/3/2020) estableció:

- La dispensa del deber de asistencia al trabajo de los trabajadores y trabajadoras alcanzados por el “aislamiento social preventivo y obligatorio”.
- La posibilidad de que las tareas de los trabajadores alcanzados por esta dispensa u otras análogas sean realizadas desde el lugar de aislamiento, según sea acordado con el empleador.
- El derecho a la remuneración habitual cuando el trabajador acuerde la realización de sus tareas en el lugar de aislamiento.
- El derecho a la percepción de esa misma remuneración pero con carácter no remunerativo -con excepción de los aportes y contribuciones al sistema nacional de seguro de salud y del INSSJP- para los trabajadores que no tengan la posibilidad de realizar sus tareas en el lugar de aislamiento.
- La facultad del empleador de reorganizar la jornada de trabajo a efectos de garantizar la continuidad de la producción en las actividades declaradas esenciales y, en el supuesto de que





ello reclame el trabajo en horas suplementarias, el pago de éstas tendrá una reducción del 95 % de la contribución patronal prevista en el artículo 19 de la Ley 27541 destinada al SIPA; - la posibilidad de contratar trabajadores con la modalidad de contrato de trabajo eventual, con una reducción del 95 % de la contribución patronal prevista en el artículo 19 de la Ley 27541 destinada al SIPA; - la obligación del empleador de extender una certificación a los trabajadores que deban prestar servicios a fin de que puedan circular en la vía pública.

8. En el ámbito provincial cordobés, el decreto N°156 (B.O., 11/3/2020) del Gobernador provincial declaró el estado de alerta, prevención y acción sanitaria en el marco de la ley nacional de emergencia 27.541 y designó al Ministerio de Salud local, como autoridad de aplicación del Fondo para la Atención del Estado de Alerta, Prevención y Acción Sanitaria por Enfermedades Epidémicas.

A su vez por medio del decreto N°157/2020(B.O., 11/3/2020) se adhirió la Provincia de Córdoba a las disposiciones de la Resolución N°178/2020 del Ministerio de Trabajo de la Nación, para los agentes del sector público provincial en los términos del artículo 5° de la Ley N°9086, y a las demás acciones que dispongan las autoridades nacionales en el mismo sentido, las que serán adecuadas, según el caso, al estado de situación local.

La Secretaría General de la Gobernación de Córdoba mediante la resolución N°141 del 17 de marzo de 2020(B.O., 19/3/2020) dispuso *suspender el deber de asistencia al lugar de trabajo, con goce íntegro de sus remuneraciones, a los agentes que se desempeñen en la Administración Pública Provincial, cualquiera sea el régimen jurídico aplicable a su relación siguiendo los criterios de las normas nacionales*. Esa norma fue modificada por las resoluciones 711/2020 (B.O.,30/11/2020) y 774/2020(B.O.,30/12/2020).

La ley provincial 10.690 (B.O., 18/3/2020) dispuso la adhesión de la Provincia de Córdoba a la Emergencia Pública en materia sanitaria, declarada por el Estado Nacional en el marco de la Ley N° 27.541, artículos 1°, 64 a 85 y concordantes, el Decreto N° 486/2002 y el Decreto de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo Nacional N° 260/2020, y a las demás normativas que en ese marco se dicten por el Gobierno Nacional, con las adecuaciones que resulten pertinentes a la situación provincial.

9. Compartimos que durante la emergencia del Covid-19 se han dictado una serie de medidas “*legislativas no parlamentarias*” destinadas prioritariamente a enfrentar la situación epidemiológica.<sup>4</sup>

Además se ha instaurado un derecho del trabajo “especial, propio de la emergencia y coadyuvante de las normas sanitarias destinadas prioritariamente a enfrentar la situación epidemiológica.”<sup>5</sup>

Este derecho en esta etapa de excepción contiene normas de orden público absoluto, esto es inderogables en cualquier sentido, que prevalecen sobre las normas laborales de los tiempos de normalidad.<sup>6</sup>

Por ende, una primera apreciación sobre ellas es que obligan a los trabajadores regidos por el derecho administrativo laboral de origen provincial, sobre el que prevalecen, como también a los trabajadores regidos por el Derecho del Trabajo como son los docentes privados provinciales en institutos adscriptos o reconocidos por la provincia en cargos curriculares.

### III. LAS SUSPENSIONES Y/O LICENCIAS

1. Las normas de la emergencia impusieron una *suspensión especial y condicionada de la prestación del trabajador, el que debía abstenerse de concurrir a su lugar de trabajo, DNU 297/2020, art.2°, e incluso de transitar y de reunirse, salvo los trabajadores considerados esenciales*.

Es una suspensión en tanto significa una interrupción transitoria de alguna de las obligaciones y prestaciones de las partes, la no exigibilidad temporaria de los deberes de la relación de trabajo, de ciertos efectos del contrato de trabajo, fundamentalmente de dar ocupación y prestar servicios (art.1730, CCyCom.). En el fondo se trata de una suspensión por fuerza mayor basada en un hecho del Príncipe, fundada en la pandemia y complementaria del ASPO. Fue una imposición decidida por el Poder Ejecutivo.<sup>7</sup>

Ella se distingue de la suspensión por causas económicas y por fuerza mayor legislada por la LCT. El trabajador tiene derecho a contar con su remuneración, goce íntegro del ingreso habitual, art.8° del DNU 297/2020. No requiere la tramitación de procedimiento preventivo de crisis del art.98 de la ley 24.013.<sup>8</sup>

*El Ministerio de Trabajo de la Nación, en virtud de la delegación que le hizo el DNU 260/2020, ha desempeñado una función normativa en el derecho del trabajo de la emergencia.*<sup>9</sup>

*Debe aclararse que, especialmente en el caso de los docentes, se continuó trabajando en home office, por lo cual no hubo estrictamente suspensión ya que la prestación de servicios continuó, pero modificada; ahora fue en forma remota y no presencial.*<sup>10</sup>

Hubo un *ius variandi* forzoso, “una modificación no sustancial de labor impuesta por circunstancias excepcionales ajenas a la voluntad de las partes.”<sup>11</sup>

6 Ídem nota anterior.

7 GARCÍA, ob.cit.

8 Ídem nota anterior.

9 Ibídem.

10 PINTO VARELA, ob.cit.

11 Ídem nota anterior.

4 GARCÍA, Héctor O., *Meditaciones sobre el derecho del trabajo de la emergencia sanitaria y algunas de sus innovaciones normativas*, DT, Año LXXX, N°6, noviembre 2020, Thomson Reuters- La Ley, Buenos Aires, p.16, con cita de una disertación de María Emilia Casas Bahamonde.

5 GARCÍA, ob.cit.



**2.** Se creó una “*licencia preventiva*” especial a los integrantes de grupos de riesgos y/o población vulnerable, los que se encuentran dispensados de asistir a sus puestos de trabajos y/o clase.

En virtud de la resolución 105/2020 del MTEySSN (B.O., 16/3/2020) se hizo recomendaciones específicas en torno al otorgamiento de licencias preventivas para trabajadores, entre otros los docentes y directivos de todos los niveles y modalidades de la educación obligatoria y de las instituciones de educación superior que integren grupos de riesgos y/o población vulnerable, conforme con las recomendaciones del Ministerio de Salud.

Entre ellos se encuentran los mencionados en la resolución 627/2020 del MSN, entre los que se hallan: Personas con enfermedades respiratorias crónicas que allí se indica, personas con enfermedades cardíacas mencionadas, personas diabéticas, personas con insuficiencia renal crónica en diálisis o con expectativas de ingresar a diálisis en los siguientes seis meses, personas con inmunodeficiencias a las que alude, pacientes oncológicos y trasplantados, personas con certificado único de discapacidad, personas con obesidad, en este caso con los alcances del art. 1º de la Resolución Nº 1541/2020 del Ministerio de Salud (B.O. 25/9/2020).

En la última hipótesis hubo una modificación de acuerdo a la resolución conjunta de los Ministerios de Salud y de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación Nº 10/2020.

La resolución Nº 207/2020 (B.O., 16/3/2020) por el MTESS amplió los sujetos dispensados de concurrir a prestar tareas e incluye a: a. Trabajadores y trabajadoras mayores de sesenta (60) años de edad, *excepto que sean considerados “personal esencial para el adecuado funcionamiento del establecimiento”*. Se considerará “personal esencial” a todos los trabajadores del sector salud.; b. Trabajadoras embarazadas; c. Trabajadores y trabajadoras incluidos en los grupos de riesgo que define la autoridad sanitaria nacional.

**3.** Se creó una *licencia especial remunerada* (licencia parental) para los trabajadores que por su condición de progenitores o personas adultas a cargo de niños, niñas y adolescentes, su presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado de estos, mientras se mantenga la suspensión de clases en las escuelas (art.3º de la Res.207/2020 del MTEySSN).

Exige que la persona alcanzada por esta dispensa debe notificar tal circunstancia a su empleador o empleadora, justificando la necesidad y detallando los datos indispensables para que pueda ejercerse el adecuado control. Podrá acogerse a esta dispensa solo un progenitor o persona responsable, por hogar.

La resolución Nº 1001/2020 del MTESSN (B.O., 3/12/2020) dispuso mantener la dispensa de asistencia al lugar de trabajo establecida por el art.1º de la resolución Nº 207/2020 prorrogada por la resolución 296/2020.

Asimismo mantuvo la dispensa o licencia por razones parentales del art.3º de la resolución Nº 207/2020.

Sin embargo, por la resolución 1103/2020 del MTEySSN (B.O., 24/12/2020) pronto se dispuso que la licencia parental aludida a partir del 1º de enero de 2021 y durante el lapso de receso escolar de verano en cada jurisdicción no se aplique.

**4.** La resolución Nº 60/2021 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (B.O., 12/2/2021) dispuso sustituir el art.3º de la resolución Nº 207/2020 de ese mismo Ministerio y que “a partir del inicio del ciclo lectivo 2021 en cada jurisdicción, se considerará justificada la inasistencia del progenitor, progenitora, o persona adulta responsable a cargo, cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente, en las siguientes situaciones: Los días en que no concurren a clases presenciales en el establecimiento educativo respectivo. Los días que concurren con jornada presencial reducida y no pueda cumplirse la jornada escolar normal y habitual del establecimiento educativo correspondiente. La persona alcanzada por esta justificación deberá notificar tal circunstancia a su empleador o empleadora. Para permitir el adecuado control, deberá completar una declaración jurada que deberá contener: 1. Los datos del niño, niña o adolescente. 2. Grado o año que cursa y datos del establecimiento educativo al que concurre. 3. El régimen de presencialidad que se haya dispuesto en esa institución. 4. La declaración de que su presencia en el hogar resulta indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente, los días en que no concurren a clases presenciales o no pueda cumplirse la jornada escolar normal y habitual del establecimiento educativo. Podrá acogerse a esta justificación solo un progenitor o persona responsable de los cuidados, por hogar”.

## IV. LA REALIDAD ACTUAL

### I.- ANTECEDENTES

**a)** Como anticipamos, los docentes de los institutos educativos de gestión estatal o privada de todos los niveles sufrieron un *ius variandi* forzoso durante la pandemia en 2020 porque el modo de prestación laboral mutó de lo presencial a lo virtual, sin preparación previa. Trabajaron como pudieron a distancia mediante sea el uso de la plataforma Zoom, la Meet, Whatsapp, audios, videos, remisión de trabajos, etcétera, de acuerdo a las factibilidades de los propios docentes y de los alumnos de las escuelas de toda la geografía provincial.

El ASPO a nivel nacional comenzó a ceder, a restringirse a ciertas regiones y dar paso al DISPO mediante varios instrumentos, aunque no en todos los lugares de igual modo.

Lo mismo sucedió en la Provincia por disposición del Poder Ejecutivo Nacional o del Poder Ejecutivo provincial o de los Intendentes o del organismo delegado por el Ministerio de Salud provincial llamado COE, Centro de Operaciones de Emergencia, a nivel provincial y regional.



**b)** Desde fines de 2020 se comenzó a preparar el regreso a las clases presenciales en la Provincia de Córdoba.

La resolución N°560/2020 del Ministerio de Educación de la Provincia de Córdoba (B.O., 4/12/2020) aprobó el Calendario Escolar 2021, propuesto por la Secretaría de Educación, en los términos y condiciones que se detallan en el Anexo.

**c)** Desde el 1 de enero al 14 de febrero hubo, en general, vacaciones para los docentes cordobeses (estrictamente con los feriados la fecha de regreso fue el 17 de febrero de 2020).

La resolución N°26/2021 del 11 de febrero de 2021 del Ministerio de Educación provincial aprobó el protocolo y recomendaciones integrales para el cuidado de la salud ante la reapertura de los centros educativos. Fue ampliado por la resolución 33/21.

El 13 de febrero de 2021 el Consejo Federal de Educación, con la presencia del Presidente de la Nación y los ministros de las 24 jurisdicciones más cinco sindicatos nacionales ratificaron la decisión unánime de retorno de clases presenciales en todo el país. En la realidad esa apertura se ha extendido ello a los niveles inicial, primario y secundario, aunque de modo combinado casi en todos los casos porque se decide el tiempo de aula y en el hogar. Este año, el nuevo formato de la secundaria bimodal incluye cuatro horas presenciales por día y tres asignaturas 100 por ciento en el aula: Matemática, Lengua e Inglés. El resto será de manera remota, con trabajo por áreas y reducción de presencialidad en las materias no troncales.

No es así generalizado a los niveles terciario no universitario y menos en el universitario.

Las clases en los niveles inicial, primario, secundario en general comenzaron en Córdoba el 1º de marzo de 2021 con algunas variantes en las modalidades de cursado.

**d)** La resolución N°48 de la Secretaría General de la Gobernación de Córdoba (B.O., 1/3/2021) aprobó el procedimiento para la solicitud y evaluación de las dispensas previstas en la resolución 141/2020 pero ella se refiere al personal del escalafón docente provincial que se agrega como anexo.

## 2. LA SITUACIÓN ACTUAL

### **a) Docentes de institutos educativos de gestión estatal**

**a.1)** Se dispensa de la prestación de servicios presenciales en Córdoba a los que sean: -contacto estrecho de caso Covid 19; -personas de 60 años o más; -embarazadas; -Grupos de riesgos previstos en las resoluciones 627/20 MSN modificada por resolución 1541/2020 y 1646/2020 y resolución conjunta 10/2020 del MSN y MTESSN.

**a.2)** Debe seguirse el procedimiento previsto en la resolución N°48/2021 de la Secretaría General de la Gobernación debiendo presentar la documentación respaldatoria que exige la norma citada. Ella alcanza sólo a los docentes de escuelas de gestión estatal.<sup>12</sup>

**a.3)** *No aparece en ese catálogo mencionada la llamada licencia parental que ahora prevé el art.3º la resolución N°60/2021 del MTEySSN.*

**a.4)** La carencia de exigibilidad de los deberes de asistencia regular y puntualidad, a clases presenciales o a funciones docentes directivas o no, *no significa que los dispensados estén relevados de la prestación de trabajo, la que ahora deberá hacerse a distancia.*

**a.5)** Estimamos que es un deber del trabajador en general *cumplir con las medidas de seguridad que se dispongan, en especial respecto del coronavirus.*

En el caso de los docentes se funda específicamente en lo previsto por el decreto ley 1910/E/57, art.4 inc.a); decreto ley 214-E-63, arts.5º inc. h) e inc.k); y art.10 inc.a) y b) ley 19.587; el punto 16 Recomendación 164 OIT<sup>13</sup>, (DNU N°260 (B.O., 12/3/2020) y DNU N° 297 (B.O., 20/3/2020).

Esto significa que quien se encuentre comprendido en alguna de las causales de dispensa del trabajo presencial no puede eximirse de ella y debe hacer *home office o trabajo remoto*, salvo que su trabajo pueda ser considerado esencial a estos fines en cuyo caso debería trabajar del modo tradicional.

<sup>12</sup> Ver [www.uepc.org.ar/noticia/2311-procedimiento-para-la-solicitud-de-dispensas-para-docentes](http://www.uepc.org.ar/noticia/2311-procedimiento-para-la-solicitud-de-dispensas-para-docentes), consultado el 20 de marzo de 2020.

<sup>13</sup> Ver DNU N°260/2020 (B.O., 12/3/2020); DNU 297/2020 (B.O., 20/3/2020).



## b) Docentes de institutos educativos de gestión privada

**b.1)** Si bien en épocas normales las disposiciones referidas a licencias de los docentes estatales provinciales se trasponen *mutatis mutandis* a los docentes curriculares de institutos educativos adscriptos a la enseñanza oficial provincial en varios temas, entre ellos licencias, no se advierte en las escasas normas provinciales referidas a licencias o dispensas en este tiempo de pandemia que se haya previsto esa aplicación o que pretenda que se haga.

Mas bien se entiende a partir de fuente sindical <sup>14</sup> que *sólo se aplican las normas nacionales*.

En Córdoba alcanza la dispensa de trabajo docente presencial a trabajadores de 60 años o más, a embarazadas y a los grupos de riesgos previstos en las resoluciones 627/20 MSN modificada por resolución 1541/2020 y 1646/2020 y resolución conjunta 10/2020 del MSN y MTESSN con algún agregado como los contactos estrechos. <sup>15</sup>

*Pero ahora rige además para la licencia parental la resolución N°60/2021 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (B.O., 12/2/2021), que en el tiempo de clases 2021 en Córdoba no aparece como aplicable.*

Fuentes gremiales refieren que “las escuelas privadas pueden decidir si reemplazan a los docentes dispensados. Es decir, el dispensado debe trabajar remotamente desde el domicilio, pero los directivos del colegio terminarán decidiendo si el grupo o la burbuja de alumnos que lo tiene como docente va a tener clases virtuales el tiempo que dure la pandemia, o si le van poner un reemplazo para que no se pierda la presencialidad. Esta es una decisión que depende pura y exclusivamente de las escuelas y no de nosotros como sindicato.” <sup>16</sup>

No rige para los docentes privados de establecimientos educativos adscriptos a la provincia el procedimiento previsto en la resolución N°48/2021 de la Secretaría General de la Gobernación. La autorización de la dispensa está en cabeza del empleador o de su representante legal en esta clase de establecimientos educativos.

La obligación del trabajador docente de escuelas privadas que se encuentre comprendido en estas dispensas de gozar de ellas y demás disposiciones propias del derecho en la pandemia puede extraerse del art. 10 inc.a) ley 19.587, de *las normas genéricas de la buena fe*, art. 63 de la LCT y el punto 16 Recomendación 164 OIT<sup>17</sup>, art. 10 inc.b), ley 19.587, aunque vinculado con relación a la enfermedad de que se trata y con respecto a la dignidad del trabajador; cumplir el aislamiento obligatorio o preventivo según lo decidan las autoridades sanitarias o las medi-

das adoptadas por el gobierno ante la existencia de peligro para la salud de la población y para evitar los riesgos de contagio, DNU N°260 (B.O., 12/3/2020) y DNU N° 297 (B.O., 20/3/2020).

Es el deber de seguridad un deber propio del empleador según el art. 75 de la LCT, como además según la ley 24.557 y demás normas que integran el bloque referido a los riesgos del trabajo.

## 3. ALTERNATIVAS. FUNDAMENTO

En este tiempo en la Provincia de Córdoba no se admite la licencia parental que ahora prevé el art. 3° de la resolución N°60/2021 del MTEySSN ni para los docentes dependientes de institutos educativos de gestión estatal ni para los dependientes de institutos educativos de gestión privada adscriptos a la enseñanza oficial provincial siempre que sean curriculares, programáticos o de planta funcional aprobada.

Ante ello podría darse dos fundamentos disímiles para justificar una postura ante ese hecho.

### a) Orden público general

Una respuesta puede expresar que, estando en el marco de la emergencia sanitaria del Covid 19, declarada por una norma nacional a la que adhirió la Provincia de Córdoba por ley y por decreto ratificado, y además habiéndose erigido un derecho del trabajo “especial, propio de la emergencia y coadyuvante de las normas sanitarias destinadas prioritariamente a enfrentar la situación epidemiológica” <sup>18</sup>, *este derecho en esta etapa de excepción contiene normas de orden público absoluto, esto es inderogables en cualquier sentido, que prevalecen sobre las normas laborales de los tiempos de normalidad.* <sup>19</sup>

En consecuencia, ellas obligan a los trabajadores regidos por el derecho administrativo laboral de origen provincial, sobre el que prevalecen, como también a los trabajadores regidos por el Derecho del Trabajo como son los docentes privados provinciales en institutos adscriptos o reconocidos por la provincia en cargos curriculares. No sería posible que el Estado provincial admita la aplicación de unas normas de la emergencia y no de otras porque ellas conforman un cuerpo orgánico.

El DNU N°260/20, que fue debidamente ratificado siguiendo el procedimiento establecido para ello, en su art. 24 reza: “*El presente Decreto es una norma de orden público*”. Véanse, por ejemplo ahora, los arts. 12 y 1004 del Código Civil y Comercial.

El DNU N°260/2020 ratificado por la Comisión Bicameral de Trámite Legislativo el 19/4/2020 y por el Senado el 13/5/2020 tiene el valor de una ley. La ley provincial 10.690 (B.O., 18/3/2020) contiene una adhesión expresa.

La imperatividad de las normas (art. 12, Cód. Civil y Comercial) y la irrenunciabilidad de los derechos

<sup>14</sup> Ver <http://www.uepc.org.ar/noticia/2311-procedimiento-para-la-solicitud-de-dispensas-para-docentes>, consultada el 20 de marzo de 2021.

<sup>15</sup> Ídem nota anterior.

<sup>16</sup> Ver artículo “Uno de cada 10 docentes de escuelas privadas puede pedir la dispensa”, Sociedad 26/02/2021, por Gabriela Yalangozian. Ver <https://www.argentina.gob.ar/coronavirus/disposiciones/grupos-riesgo>, consultada el 20 de marzo de 2020.

<sup>17</sup> Ver DNU N°260/2020 (B.O., 12/3/2020); DNU 297/2020 (B.O., 20/3/2020).

<sup>18</sup> GARCÍA, ob.cit.

<sup>19</sup> Ídem nota anterior.



adquiridos (art.944, Cód.Civil y Comercial) son los efectos más controvertidos y los que generan la mayoría de los problemas que plantea la institución del orden público.

#### **b) Aplicación parcial de la normativa de emergencia nacional**

**b.1.** La Provincia de Buenos Aires dejó sin efecto las dispensas parentales de padre, madre, tutor de niños, los días que no se encuentran escolarizados.<sup>20</sup> Aunque la normativa bonaerense tiene algunas otras dispensas ampliadas.<sup>21</sup>

**b.2** Similar actitud ha tenido el *Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*.<sup>22,23</sup>

**b.3.** El mismo criterio adoptó la Provincia de Mendoza.

En este sentido, el ministro de Gobierno, Trabajo y Justicia, Víctor Ibañez, puntualizó: *“Es importante señalar que la Resolución 60/2021 es del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, y es necesario aclarar que esto no es una dispensa, sino una posibilidad de justificación bajo las condiciones que allí se establecen, y se refiere estrictamente a lo que tiene que ver con el ámbito privado,*

*con la Ley de Contrato de Trabajo. Y de cara al inicio de las clases, no le es aplicable a Mendoza en el ámbito público, mucho menos a la actividad esencial como la educativa, la de salud y seguridad”.* Y agregó: *“Cada una de las provincias tiene facultad de regulación en esta materia y acá en Mendoza no tenemos una norma que habilite excepciones de este tipo para la prestación de servicios, mucho menos aún tratándose de actividades esenciales como lo son educación, salud y seguridad”.*<sup>24</sup> Además aclaró que *“esta norma rige exclusivamente para el sector privado; en tanto la administración pública se rige por sus propias normas provinciales.”*<sup>25</sup>

**b.4.** En cambio en la Provincia de Santa Fe el gobierno acordó con los gremios que continuarán las licencias docentes por COVID 19.<sup>26</sup>

## **V. CONCLUSIONES**

**1.** A la pregunta inicial de quiénes son los docentes dispensados de dictar clases presenciales en Córdoba en 2021 en los niveles inicial, primario, secundario y terciario no universitario de la educación formal, cabe responder que tanto para los docentes de institutos educativos públicos de gestión estatal como de institutos educativos públicos de gestión privada, en este caso docentes en cargos curriculares, programáticos o de planta funcional, a los que nos dedicamos en este estudio, son los comprendidos en la resolución N°207/2020(B.O., 16/3/2020) por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación que incluye: a) *Trabajadores mayores de sesenta (60) años de edad, ex-*

20 La Subsecretaría de Administración y Recursos Humanos de la Provincia de Buenos Aires dejó sin efecto las dispensas parentales de padre, madre, tutor de niños, los días que no se encuentran escolarizados, según informa el diario El Día de La Plata del 28 de febrero de 2021. Ver <https://www.eldia.com/nota/2021-2-28-5-20-39-docentes-rechazan-una-disposicion-que-anulo-las-dispensas-parentales-la-ciudad>.

21 Ver <https://isfdy177.org/2020/11/17/comunicado-sobre-solicitud-de-dispensas-laborales-por-covid-19/>.

22 Permisos de ausencia extraordinarios al lugar de trabajo aplicables al personal docente y no docente dependiente del Ministerio de Educación GCBAR Resolución N°622/SSGRH/2020, reglamentaria del Decreto N°147/PJG/2020. ¿A quién se aplica? Trabajadores/as comprendidos dentro de los grupos de riesgo. Trabajadoras embarazadas. Trabajadores/as mayores de sesenta (60) años de edad. Trabajadores/as con hijos/as menores de catorce (14) años o con discapacidad por suspensión escolar. Grupos de riesgo: Aquellos que formen parte del grupo de riesgo (establecido mediante Anexo I de la Resolución N°622/SSGRH/2020). A saber: Personas con enfermedades respiratorias crónicas: enfermedad pulmonar obstructiva crónica [EPOC], enfisema congénito, displasia broncopulmonar, bronquiectasias, fibrosis quística y asma moderado o severo. Personas con enfermedades cardíacas: Insuficiencia cardíaca, enfermedad coronaria, valvulopatías y cardiopatías congénitas. Personas con inmunodeficiencias. Personas con diabetes, insuficiencia renal crónica en diálisis o con expectativas de ingresar a diálisis... Ver <https://www.seduca.org.ar/up-content/uploads/2020/10/INSTRUCTIVO-PROCEDIMIENTO-TRAMITACION-LICENCIAS-Y-PERMISOS>.

23 Ver <https://www.ademys.org.ar/v2/que-pasa-con-las-dispensas-para-mayores-de-60-de-cuidado-y-de->, consultado el 20 de marzo de 2021.

24 Ver <https://secretariomike.com/2021/02/26/alcances-de-la-resolucion-60-21-para-estatales-de-me>, consultado el 20 de marzo de 2021.

25 Ver <https://www.mendoza.gov.ar/prensa/el-gobierno-de-mendoza-explico-sobre-el-alcance-de-la-resolucion-del-ministerio-de-trabajo-de-la-nacion>, consultado el 20 de marzo de 2021.

26 Ver <https://www.pagina12.com.ar/324401-santa-fe-acordo-con-los-docentes-la-continuidad>, edición del 17 de febrero de 2021, consultado el 20 de marzo de 2020.



cepto que sean considerados “personal esencial para el adecuado funcionamiento del establecimiento”; b) Trabajadoras embarazadas; c) Trabajadores incluidos en los grupos de riesgo que define la autoridad sanitaria nacional en las resoluciones 627/20 MSN modificada por resolución 1541/2020 y 1646/2020 y resolución conjunta 10/2020 del MSN y MTESSN, con algún agregado como los contactos estrechos.

Para su goce por los docentes dependientes de institutos educativos públicos de gestión estatal debe seguirse el procedimiento previsto en la resolución N°48/2021 de la Secretaría General de la Gobernación debiendo presentar la documentación respaldatoria que exige la norma citada.<sup>27</sup>

En cambio, los docentes dependientes de institutos educativos públicos de gestión privada deben solicitar su concesión ante su empleador o representante legal. La cobertura de las suplencias, si es que ellas se deciden, las pagará el empleador y no el aporte estatal.

2. No aparece en ese catálogo de dispensas en Córdoba mencionado la llamada licencia parental que ahora prevé el art.3° la resolución N°60/2021 del MTEySSN ni para unos ni para otros docentes aludidos.

3. La carencia de exigibilidad de los deberes de asistencia regular y puntualidad, a clases presenciales o a funciones docentes directivas o no, no significa que los dispensados estén relevados de la prestación de trabajo, la que ahora deberá hacerse a distancia o de manera remota.

4. Es un deber del trabajador en general cumplir con las medidas de seguridad que se dispongan, en especial respecto del coronavirus, esto es usar de la dispensa si están comprendidos en ella.

5. La postura provincial se emparenta con similares que han asumido la CABA, la Provincia de Buenos Aires y la Provincia de Mendoza, a diferencia de la Provincia de Santa Fe.

6. La postura restrictiva parece fundarse en la recuperación por las provincias y la Ciudad Autónoma de referencia de facultades que inicialmente les son propias (aunque no se diga ello expresamente en normas) y una interpretación de la legislación delegada que creó la licencia parental modificada en 2021 que por un lado deja un margen de excepción para los trabajadores esenciales. Se considera esencial al trabajo de los docentes.

Además el margen de discrecionalidad que se deja a la autoridad administrativa provincial en el marco del derecho del trabajo en la emergencia en la resolución N°60 del MTEySSN se puede fundar, según sus considerandos, que en que no en todas las provincias, regiones y zonas en el ciclo lectivo 2021 la posibilidad del dictado de clases presenciales puede ser distinta de acuerdo a las medidas de distanciamiento, social, preventivo y obligatorio y según las circunstancias y demás factores lo permitan, conforme a las distintas “situaciones epidemiológicas y de las decisiones que al respecto tomen las autoridades de las distintas jurisdicciones, la modalidad de retorno a la presencialidad se dispondrá de diversas maneras, en lo que hace a regímenes horarios y las diversas variantes de presencialidad y educación a distancia.”

Además los considerandos de la resolución MTEySSN reciente expresa: “Que sin dejar de tener en cuenta dichas diferencias, se hace necesario establecer pautas comunes para atender tanto al retorno de la escolaridad presencial que podría efectuarse en algunas jurisdicciones en forma parcial, *cuanto a las tareas de cuidado en el hogar*, así como a la previsibilidad en la dinámica de las relaciones laborales.”

Por ende, aún dentro del orden público general que el derecho del trabajo en la emergencia conlleva, hay un margen de interpretación como libremente lo han hecho por ejemplo varias de las provincias grandes de la Argentina.

<sup>27</sup> Ver [www.uepc.org.ar/noticia/2311-procedimiento-para-la-solicitud-de-dispensas-para-docentes](http://www.uepc.org.ar/noticia/2311-procedimiento-para-la-solicitud-de-dispensas-para-docentes), consultado el 20 de marzo de 2020.





**Eleonora Slavin<sup>1</sup>**

# **EL CONVENIO 190 OIT** y el camino hacia la igualdad de género



---

<sup>1</sup> Especialista en Derecho del Trabajo. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho UNMDP, Jueza Tribunal del Trabajo nro.2 Mar del Plata.



El 11 de noviembre de 2020 se sanciona en nuestro país la ley 27.580 que aprueba el Convenio 190 sobre la eliminación de la violencia y acoso en el mundo del trabajo adoptado por la Organización Internacional del Trabajo en el mes de junio de 2019.

El Convenio define ampliamente la violencia y el acoso como "...un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico." (art.1).

Esta definición se aplica a la violencia y el acoso que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo y tanto en los lugares de trabajo, como en los espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo; en los lugares donde se paga al trabajador, donde se realiza el descanso, las comidas, las instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios; en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionadas con el trabajo; en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación; en el alojamiento proporcionado por el empleador y en los trayectos entre el domicilio y el lugar del trabajo (artículo 3°).

Si bien son muchos los factores que contribuyen a la violencia y el acoso en el trabajo, la OIT analiza que, "...aunque el estrés en sí mismo no constituye una lesión física o psicológica, una respuesta al estrés incluye las reacciones físicas, mentales y emocionales que se producen cuando un trabajador percibe que las exigencias del trabajo supera su capacidad o sus recursos para afrontarlas. Si es prolongado y/o grave, el estrés laboral puede causar lesiones tanto psicológicas como físicas. Si bien la presión es normal en muchos lugares de trabajo, el estrés puede producirse cuando la presión se vuelve excesiva o inmanejables de cualquier otro modo".<sup>2</sup>

La violencia y el acoso en el trabajo puede ser ejercida en forma horizontal (entre compañeros de trabajo), vertical (entre supervisores y subordinados) y por terceras partes (clientes, consumidores, pacientes). En cualquiera de los supuestos, "...perjudica a todos, no sólo a las víctimas inmediatas, sino también a compañeros de trabajo, familiares, amigos, pacientes y clientes..."<sup>3</sup>

## ESTRÉS COMO RIESGO ASOCIADO A LA VIOLENCIA Y AL ACOSO

Entre los principales peligros psicosociales que conducen al estrés y se constituyen en factores de riesgo asociados a la violencia y el acoso, el informe de OIT destaca:

a) las exigencias del trabajo, cuando se asignan tareas que no se ajustan a la capacidad y/o conocimiento de la persona;

b) el control de las tareas, cuando los trabajadores no tienen influencia sobre cómo y cuándo realizar su trabajo;

c) la claridad de las funciones, cuando la responsabilidad laboral y el grado de autoridad de las personas no está claro y existe conflicto entre funciones; cuando no están de acuerdo sobre cuáles son las expectativas para una función en particular; o porque resulta difícil satisfacer las expectativas porque las mismas no están claras o son demasiado complicadas;

d) las relaciones en el lugar de trabajo: la crítica indebida; los conflictos interpersonales; la falta de apoyo de superiores y/o miembros del equipo;

e) los estilos de liderazgo, en donde el modelo autocrático, directo e inflexible, que no tiene en cuenta la opinión de los trabajadores en la toma de decisiones se constituye en un factor de riesgo al igual que el del "laissez-faire" en la medida en que en éste último no se realiza una supervisión adecuada, se delega la responsabilidad en forma inapropiada y/o se deja a los trabajadores con poca o nula orientación;

f) la justicia organizacional, en cuanto no existen en los lugares de trabajo procedimientos o éstos no se aplican debidamente, en las tomas de decisiones, en la selección, contratación y promoción del personal;

g) la gestión del cambio organizacional: los cambios tecnológicos, reestructuración de las empresas, subcontratación, así como las presiones financieras que intensifiquen la inseguridad laboral y profesional;

h) el entorno de trabajo físico, debiendo tenerse en cuenta, no sólo los agentes peligrosos que pueden afectar física y/o psíquicamente a las personas que trabajan, sino que también el entorno puede contribuir al riesgo de violencia y acoso en el lugar de trabajo cuando estamos en presencia de trabajos que requieren una mayor seguridad para protegerlos de clientes, consumidores, pacientes o intrusos potencialmente agresivos.

En este marco, las mujeres y los trabajadores en situaciones de vulnerabilidad tienen mayor probabilidad de sufrir violencia y acoso en el trabajo, por las relaciones desiguales en las que se encuentran. "Algunos grupos de mujeres tienden a ser más vulnerables a la violencia y al acoso sexuales, en particular las niñas y jóvenes, las trabajadoras domésticas, las mujeres con escasa seguridad en el empleo, las mujeres migrantes y las mujeres que desempeñan ocupaciones en las que predominan los hombres y, más en general, las que se encuentran en situaciones en las que un gran número de mujeres son supervisadas por un número reducido de hombres..."<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Entornos de trabajo seguros y saludables, libres de violencia y acoso-Ginebra-OIT, 2020, pág.14.

<sup>3</sup> Entornos de trabajo seguros y saludables, libres de violencia y acoso-Ginebra-OIT, 2020, pág.25.

<sup>4</sup> Entornos de trabajo seguros y saludables, libres de violencia y acoso-Ginebra-OIT, 2020, pág.17.



## MUJER Y EDUCACIÓN

De acuerdo con la UNESCO<sup>5</sup>, las mujeres y las niñas tienen un 25% menos de probabilidades que los hombres de saber cómo aprovechar la tecnología digital con fines básicos, 4 veces menos probabilidades de saber cómo programar computadoras y 13 veces menos probabilidades de solicitar una patente tecnológica.

A esta baja participación debe adicionarse que se encuentra subrepresentada en las universidades en los cargos de Profesores Titulares, teniendo además un acceso más restringido para el financiamiento de proyectos de investigación y para acceder a publicaciones en revistas científicas. Continúa siendo baja la participación de las mujeres en los ámbitos de decisión de los sistemas nacionales de ciencia y tecnología, centros de investigación e instituciones académicas. A modo de ejemplo, entre los años 2011 y 2016 el porcentaje de mujeres en el total de autores de artículos científicos en Chile alcanzó el 38%, en Colombia el 39% y en México el 38%, siendo Brasil el de mayor porcentaje en la región llegando al 49%; y según datos de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual sobre 12 países de América Latina y el Caribe referentes a la participación de mujeres en actividades de patentamiento en el período 2007/2016 muestran que en promedio en la región, el 27,8% de las patentes incluyen al menos a una mujer como inventora.

Mientras se produjeron avances en cuanto al acceso de las mujeres a la educación, con resultados paritarios en la tasa bruta de matrícula en el nivel primario, secundario y terciario en América Latina y el Caribe, las brechas de género en el área de ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas continúan en todo el proceso educativo.

Conforme el estudio de la UNESCO, los hombres son mayoría en las carreras relacionadas con ingeniería, construcción, tecnología y ciencia de la comunicación, en las que las mujeres tienen una participación apenas superior al 25%. Por el contrario, las mujeres son mayoría en las carreras de educación, artes, salud, bienestar, ciencias sociales, periodismo, negocios y leyes.

En los países de la OCDE<sup>6</sup>, un 5,5% de los trabajadores hombres se desempeña en una especialidad relacionada con las TIC, mientras que en las trabajadoras mujeres esta proporción llega al 1,4%; pese a que estos trabajadores son un grupo acotado, estas especialidades involucran trabajos bien remunerados, de alta demanda y con buenas perspectivas de carrera.

Esta falta de participación de las mujeres en trabajos del área de las Ciencias, Tecnologías, Ingenierías y Matemáticas, no encuentra relación con la falta de preparación, habilidad o experiencia, sino que se relaciona con patrones culturales y estereotipos que generan prejuicios sobre las posibilidades de éxito profesional y la aptitud para asumir posiciones de poder. Muchas mujeres que egresan de carreras tradicionalmente masculinizadas tienen dificultades para insertarse laboralmente.

## COMPROMISO DE SANTIAGO

Es dable destacar que en el mes de enero de 2020, los Estados miembro de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), reunidos en la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, suscriben el “Compromiso de Santiago” en el que acuerdan implementar políticas contracíclicas sensibles a las desigualdades de género, a efectos de mitigar los efectos de las crisis y recesiones económicas en la vida de las mujeres, reafirmando la necesidad de acelerar la implementación de la Declaración de Beijing y de la Agenda Regional de Género. Asimismo, se establecen nuevos compromisos que incluyen garantizar los derechos humanos de las mujeres y su carácter indivisibles; reconocer la diversidad de las mujeres y abordar las múltiples discriminaciones que enfrentan; adoptar una medida multiescalar y una respuesta efectiva en los territorios; y atender las necesidades urgentes y transformar las condiciones estructurales de la desigualdad con una visión de futuro.

5 CEPAL/UNESCO (Comisión Económica para América Latina y el Caribe / Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) (2020). “La educación en tiempos de la pandemia de COVID-19”. Informe COVID-19 CEPAL-UNESCO, Santiago, agosto.

6 CEPAL/UNESCO (Comisión Económica para América Latina y el Caribe / Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) (2020). “La educación en tiempos de la pandemia de COVID-19”. Informe COVID-19 CEPAL-UNESCO, Santiago, agosto.



El Compromiso de Santiago estableció la necesidad de “...diseñar sistemas integrales de cuidado desde una perspectiva de género, interseccionalidad e interculturalidad y de derechos humanos que promuevan la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, Estado, mercado, familias y comunidad, e incluyan políticas articuladas sobre el tiempo, los recursos, las prestaciones y los servicios públicos universales y de calidad, para satisfacer las distintas necesidades de cuidado de la población, como parte de los sistemas de protección social”.

## MUJER Y COVID-19

De acuerdo a datos de la UNESCO<sup>7</sup>, producto de la pandemia de COVID-19, a mediados de mayo de 2020 más de 160 millones de estudiantes en América Latina y el Caribe de todos los niveles de enseñanza habían dejado de tener clases presenciales.

“En la región el 70,4% de los puestos de trabajo en el sector de la educación son ocupadas por mujeres. El cuerpo docente (altamente feminizado) tuvo que responder a las nuevas formas de educación en muchos casos sin la formación o capacitación previa y sin las competencias o los recursos suficientes para poder adaptar su trabajo a las exigencias de la enseñanza a distancia y el uso de plataformas. Además de las tareas tradicionales, el personal educativo ha debido colaborar en actividades dirigidas a asegurar condiciones de seguridad material de las y los estudiantes y sus familias, como la distribución de alimentos, productos sanitarios, y materiales escolares, entre otros....Es indispensable planificar estrategias de apoyo al sector educación, que ha sido clave en la respuesta a la pandemia, que no redunden en la sobre carga y el empeoramiento de las condiciones laborales de las mujeres que allí ejercen el trabajo remunerado”.<sup>8</sup>

En este sentido, se han impulsado en los países de la región nuevos protocolos, planes de contingencia

y medidas para garantizar a las mujeres su derecho a una vida libre de violencia en el contexto de emergencia y el confinamiento para contener la propagación del COVID-19. Es imprescindible tener en cuenta la mayor carga de trabajo no remunerado que enfrentan las mujeres en el contexto de confinamiento y fomentar la corresponsabilidad del cuidado de los hogares.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

El Convenio 190 y la Recomendación 206, reconocen el derecho a todas las personas a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso. A tal fin, se deberán establecer normas progresivas e inclusivas que promuevan una agenda transformadora de género para impulsar un cambio social y cultural, otorgando mucha importancia a la prevención de los factores de riesgo subyacentes, las causas de la violencia y el acoso.

“El escenario futuro del trabajo obliga a repensar el sistema educativo y contemplar cambios en el plan de estudios y en el currículo tanto explícito como implícito. Por un lado, la perpetuación de las responsabilidades exclusivas de cuidado en las mujeres y la transferencia a la internet de las conductas violentas de género hacia niñas, niños y mujeres obligan a realizar cambios curriculares profundos. Por un lado, es necesario preparar a las niñas para que aumenten sus destrezas digitales y su capacidad de resolver problemas de forma creativa y colaborativa, recursos que son necesarios para todas las carreras, más aún en escenarios de continua transformación. Eso obliga a incorporar la tecnología informática como parte central y transversal en los planes de estudio de todos los niveles”.<sup>9</sup>

Un mundo de trabajo libre de violencia exige un cambio cultural que rompa con los estereotipos y con los prejuicios, pero fundamentalmente que elimine la amenaza permanente que significa la falta de estabilidad en el empleo.

7 CEPAL, Informe Especial COVID-19 Nro.9, “La autonomía económica de las mujeres en la recuperación sostenible y con igualdad”, febrero 2021.

8 CEPAL, Informe Especial COVID-19 Nro.9, “La autonomía económica de las mujeres en la recuperación sostenible y con igualdad”, febrero 2021, pág.9.

9 CEPAL/UNESCO (Comisión Económica para América Latina y el Caribe / Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) (2020), “La educación en tiempos de la pandemia de COVID-19”, Informe COVID-19 CEPAL-UNESCO, Santiago, agosto.





**María Fabiana Sosa<sup>1</sup>**

# **EL GÉNERO EN EL DERECHO Y EL TRABAJO**

---

<sup>1</sup> Abogada Laboralista, litigante independiente y asesora sindical. Con actualización en Género y Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Maestranda en la Especialización Derecho del Trabajo de la UBA. Miembro de la Comisión de la Mujer Trabajadora de la Asociación de Abogados y Abogadas Laboralistas. Integrante de la Delegación de ALAL (Asociación de Abogados Laboralistas de América Latina) ante la Conferencia Internacional del Trabajo N° 107 Y 108 en la OIT, donde se discutió y aprobó el Convenio 190 y la Recomendación 206 sobre Violencia y Acoso en el Mundo del Trabajo. Publicista, y conferencista en la material, especialmente, en violencia laboral y políticas de cuidado.



## I. LA MUJER Y EL DERECHO COMO CIENCIA

**P**ara comenzar a pensar en el título del presente artículo, podríamos hacerlo desde diferentes ópticas, pensando de qué hablamos cuando hablamos de género, cuál es la concepción de la mujer en el derecho del trabajo, qué datos nos aporta la realidad para pensar cuestiones referidas a las mujeres y el trabajo, cuáles son los efectos, y consecuencias del tratamiento que se dé a la cuestión de género en la normativa que regula las relaciones laborales, entre otras.

Sin embargo, elegí comenzar recordando la cita que surge del el anteproyecto de Ley Nacional del Trabajo<sup>2</sup>, respecto de las mujeres, que nos ilustra respecto del marco conceptual de la sociedad en el año 1904, en nuestro país, en relación al tema que nos convoca.

*“...En lo que se refiere a la reglamentación del trabajo de las mujeres y de los niños, el proyecto ha adoptado las últimas reformas aconsejadas por la ciencia en los congresos especiales y en los estudios médicos puestos al servicio de la ley. Ellas son reclamadas con conmovedora unanimidad, afuera como dentro del país, y las investigaciones del poder ejecutivo, solo dan como tristes consecuencias la situación más afligente de estas dos categorías de obreros a quienes las leyes de la vida obligan a ejecutar trabajos iguales en condiciones a los del hombre adulto. Ni la jornada del trabajo normal, ni la intensidad del esfuerzo, ni las circunstancias de lugar y tiempo, o relativas a moralidad, autorizan a colocar a la mujer y al niño, en el mismo nivel que al hombre maduro. Sería pueril detenerse a demostrar estas afirmaciones cuando no hay más que una sola opinión, un solo anhelo en el mundo civilizado, en favor de un ordenamiento más racional desde el trabajo de estos dos agentes de producción. Si para los adultos en la república, puede ser acaso discutible la aplicación general de la jornada de ocho horas, no puede serlo para la mujer, no solo por su constitución física y su destino en la procreación, sino por su papel en la familia del obrero, base indispensable de su elevación social y moral.”*

Este era el lugar que en 1904 el poder constituido le había adjudicado a la mujer en nuestra sociedad, y a partir del cual, se fue construyendo la idea de la mujer en relación con el trabajo, al igual que sucedió en otros lugares del mundo, y desde hace muchos años, inspirados en argumentos que hasta el día de hoy, en algunos casos siguen siendo utilizados.

Vale la pena preguntarnos entonces, cuáles serían esas *“...últimas reformas aconsejadas por la ciencia en los congresos especiales y en los estudios médicos...”*, que dieron basamento a la afirmación de que *ni los niños ni las mujeres, como categorías de obreros, podrían ubicarse en el mismo nivel que el hombre adulto*, y que además, son reclamadas con *“...conmovedora unanimidad.”* Cómo podríamos discutir el trabajo de las mujeres, sin tener en consideración su destino final en la vida, que es la procreación, y el

lugar que le toca en esta creación que es cumplir su papel en la familia del obrero ¿?

Es que la idea de la mujer, igualada en su capacidad a la de los niños y niñas, en sus comienzos, existe desde los inicios de la humanidad, y especialmente, desde la bases fundantes de la filosofía inspirada en Aristóteles, cuando se decide quienes revisten el carácter de ciudadanos, y por ende, qué personas pueden ser consideradas capaces y con derechos. No cualquier persona, y no cualquier derecho, adelante.

En la antigua Grecia y la Edad Media para Platón, el alma se encuentra dividida en tres partes: la razón, alojada en la cabeza, las emociones superiores, alojadas en el pecho, y los apetitos o deseos bajos, alojados en el vientre, introduciendo desde entonces una jerarquía natural de tipo vertical, en donde lo alto es superior y mejor que lo bajo, y en donde la razón debe gobernar las emociones y los apetitos. Aquí es donde se comienza a hablar de pares dicotómicos, como polos opuestos, y que además, están jerarquizados.

A su vez, Aristóteles presenta una teoría psicológica similar, según la cual, las dos partes del alma que son propias del humano, son la racional y la sensitiva o apetitiva, la tercera corresponde a la vegetativa, pero además la jerarquía de las partes del alma tiene su espejo en la conformación de la sociedad. Así en “Política”, Aristóteles presenta un orden jerárquico social natural: el macho es superior a la hembra, el amo al esclavo, el adulto al niño, donde el hombre es el único ser con racionalidad plena en tanto es superior a la vez a la mujer, en quien predomina lo emocional, al esclavo, por carecer de capacidades racionales, y al niño, cuya razón no se encuentra lo suficientemente madura.

Estas concepciones, fueron tomadas como base cierta de muchas construcciones científicas que se desarrollaron a partir de la edad media, y la modernidad, partiendo de ciertas cuestiones que eran consideradas axiomas, o enunciados que se presentan como autoevidentes, que no requieren demostración alguna, y también sobre postulados, o enunciados que no resultan ser autoevidentes, ni fueron demostrados, pero que se aceptan, ya que no existe otro principio al que pueda ser referido.

Dentro del método axiomático-deductivo desarrollado por Aristóteles, de estos axiomas y postulados, se pueden deducir ciertas conclusiones, aplicando las formas y reglas de la lógica, por lo cual, estas conclusiones, llegan a ser consideradas como verdaderas para poder obtener de ellas otros conocimientos, generando entonces cadenas deductivas de demostración en donde se preserva la verdad garantizada por aquéllos.

En la ciencia moderna, se conforma la noción de “neutralidad”, la cual se deriva directamente de la noción de “objetividad”, y se desarrolla el método experimental en ciencias, desde la óptica de que un buen científico es capaz de neutralizar valores, preferencias, emociones.

El problema que subyace a esta idea presuntamente neutral es que, a lo largo de la historia se ha desarrollado, y perpetuado la creencia de que

2 MINISTERIO DE TRABAJO, Proyecto de Ley Nacional del Trabajo, BS.AS., Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, 1904.



los varones son los únicos sujetos capaces de distanciarse de sus objetos de estudio, para poder generar juicios que no se alteren por cuestiones subjetivas, siendo que las mujeres serían seres primariamente emocionales a quienes les resulta casi imposible, generar juicios objetivos.

Desde la epistemología feminista, se ha puesto en cuestión todo este desarrollo, entendiendo que el conocimiento que se erige como principal logro humano y como visión universal y objetiva del mundo, expresa el punto de vista que las feministas llamamos “androcéntrico”: el del varón adulto, blanco, propietario, capaz, y (agrego) heterosexual.

Dado que las propias instituciones que estos varones crean, legitiman y justifican la falta de condiciones indispensables del resto de los sujetos para participar en ellas: nos niegan racionalidad, capacidad lógica, abstracción, universalización, objetividad, y nos atribuyen condiciones a las que les restan cualquier valor epistémico: subjetividad, sensibilidad, singularidad, narratividad (MAFFIA, 2005).<sup>3</sup>

Se cuestiona entonces, el discurso ideológico sobre el cual se construye el conocimiento científico, sedimentando afirmaciones que parten de acepciones dogmáticas, que tuvieron gran influencia en la cultura, en la educación, reflejando el pensamiento tradicional, que afirmaba que hay una naturaleza femenina y otra masculina, siendo esta última sinónimo de naturaleza humana.

La historia de la ciencia ejemplifica el sesgo sexista, donde la voz de lo natural ha sido siempre la voz del statu quo de la perspectiva limitante con respecto a la naturaleza y potencialidades humanas, con metáforas sexuales que no son ajenas a la ciencia, y con un lenguaje que no es neutral.

En los años setenta las feministas introducen el concepto de “género”, como una categoría analítica, diferente del sexo biológico, que alude a las normas culturales y expectativas sociales, por las que machos y hembras biológicos se transforman en varones y mujeres.

Simone de Beauvoir decía que “una no nace mujer, sino que llega a serlo”<sup>4</sup>, por lo cual, conviene recordar que tampoco se nace varón, y que la ideología de género afecta a ambos, pero influye de modo diferente, creando en los varones la convicción de que sus expectativas expresan la humanidad (el “hombre” en sentido universal), mientras las de las mujeres aparecen, incluso para sí mismas, como lo otro o lo diverso, la “diferencia”.

## II. LA MUJER POR FUERA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Con el advenimiento de la modernidad, aparece la idea de la ciudadanía universal, la idea de sujeto, la idea de Estado, la idea del saber secular como separado de la religión, y el momento en que el feminismo se va a originar como movimiento, porque es en ese momento, cuando las mujeres salen de la determinación natural de su lugar de inferioridad tal y como estaban en la antigüedad, bajo la “promesa” de que las personas podían ser libres e iguales.

Tengamos en cuenta que, a partir de la teoría aristotélica, las relaciones de poder se encontradas basadas en la naturaleza, y con la emergencia del contrato laboral, la esclavitud comienza a desaparecer, y aparece lo que vamos a entender como el trabajo asalariado.

A partir de entonces, las personas que no tienen nada solo pueden vender su fuerza de trabajo a quienes tienen medios de producción, y a cambio van a recibir un salario, manteniéndose imperturbable el carácter natural, y por ende, no contractual, del trabajo que se realiza dentro del hogar, el trabajo reproductivo.

Sobre esta premisa se desarrolla la idea que conocemos hoy como “división sexual del trabajo”, donde el trabajo reproductivo tiene un justificativo

3 MAFFIA, DIANA, “Epistemología Feminista: La subversión semiótica de las mujeres en la ciencia”. Instituto de Estudios de Género, Universidad de Buenos Aires.

4 BEAUVOIR, SIMONE (1987). EL SEGUNDO SEXO (1ª.ed.). Buenos Aires. Siglo XX.



del “orden natural”, porque las mujeres son capaces de gestar, y que adquiere tres modalidades, como reproducción biológica, reproducción social, y reproducción de la fuerza de trabajo.

La reproducción biológica tiene que ver con gestar, parir, y amamantar, y se justifica por las corporalidades de las mujeres. La reproducción social, ya es un poco más compleja, porque no sólo se trata de darle los primeros cuidados a un niño o niña, sino con proveer una primera enseñanza en los roles sociales, afianzando conductas propias de niñas, o de varones, y desalentando cualquier tipo de desviación.

Mientras que la tercera modalidad, la reproducción de la fuerza de trabajo, es aquella que se ocupa de proveer todo lo necesario para que el asalariado, en tanto varón que vende su fuerza de trabajo a cambio de un pago, tiene que recuperar la energía perdida en la jornada laboral al regresar a su casa, cansado, con la ropa sucia, con hambre, para volver al día siguiente, y alguien, allí, tiene que reparar esa fuerza de trabajo. Esta es la modalidad de trabajo reproductivo que fue asignada a las mujeres en la esfera de lo privado, de manera gratuita, motivo por el cual, se dice que el capitalismo se apoya en el patriarcado para su funcionamiento.

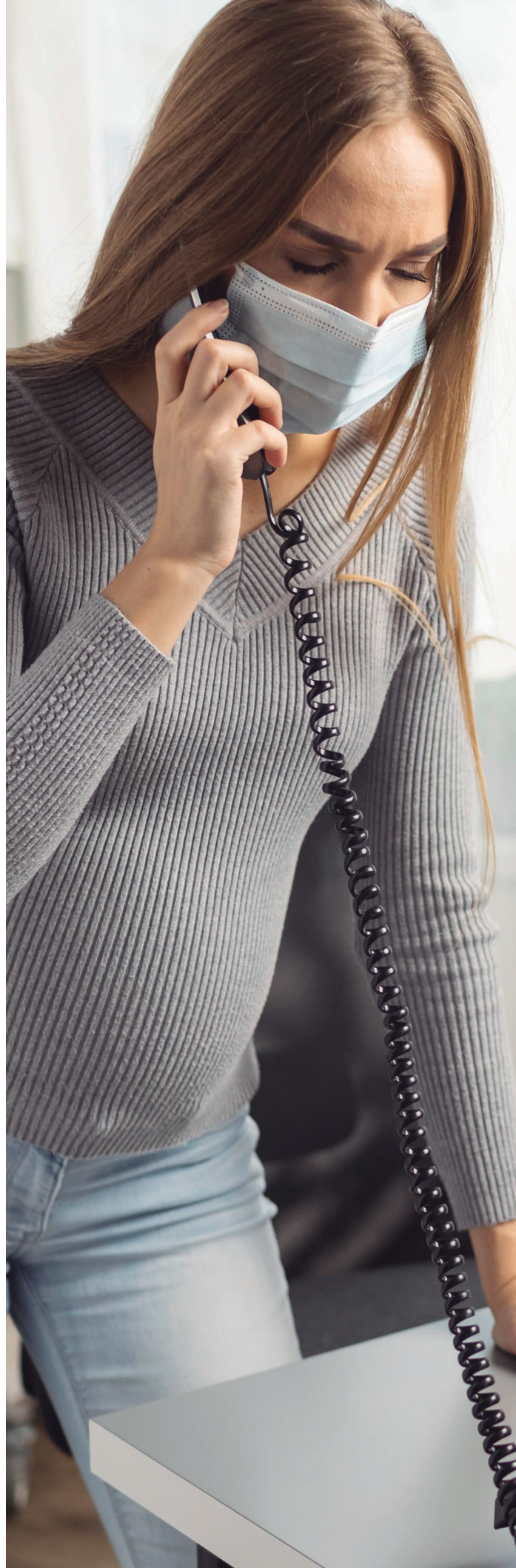
### III. LA DISCRIMINACIÓN ES ESTRUCTURAL

Esta distribución jerárquica e inequitativa de las tareas de cuidado (o reproducción social o de la vida humana) y las de producción (de bienes y servicios) genera una serie de prejuicios y mitos, y se constituye en uno de los principales ejes de inequidad social entre varones y mujeres incidiendo directamente en la vida laboral y familiar.

El mito no es un asunto de estratos sociales o económicos, sino de estructuras psicológicas y de mecanismos de defensa afectivos presentes en toda organización social. Tengamos en cuenta que los mitos no sólo tienen una estructura y función vital o psicológica, sino que también pueden asumir una estructura y función socio-política, pueden convertirse en instrumentos explosivos del despotismo y la opresión, tal como ocurrió con las creencias en el demonio, en las brujas, en los herejes, en la edad moderna.<sup>5</sup>

Para comprender este tipo de conductas, que puede adoptar muchas formas, se parte del concepto de la división sexual del trabajo, como dijimos, en el cual se diferencia la esfera pública de la privada. La esfera privada o “reproductiva” se les atribuye a las mujeres delegándole los aspectos relacionados con la reproducción de la vida y de la organización familiar, mientras que en cabeza de los varones se mantiene el trabajo denominado “productivo”, que a su vez se reserva a la esfera pública.

<sup>5</sup> SALAS, MINOR E., *LOS CRIMENES DE LA MAGIA*, Mito, superstición y derecho penal en la edad moderna, Universidad de Costa Rica.





Un ejemplo de esta discriminación se percibe con frecuencia en el momento de realizar una entrevista laboral para el ingreso a un lugar de trabajo, cuando se realizan preguntas distintas dependiendo de si se trata de un varón o de una mujer. Esto sucede porque una de las principales causas de discriminación de las mujeres en el ámbito laboral es su situación actual, futura o probable de ser madre y la asignación de su rol como principal responsable del cuidado doméstico y familiar.

El mandato que se convierte en el rol de asumir las responsabilidades domésticas (roles de género) configura un obstáculo en el acceso al empleo y el desarrollo de la vida profesional para las mujeres que trabajan o buscan trabajar. Desde el sector empleador la maternidad es visualizada como un “problema”, en tanto postulan —en forma errónea— que debido a ella las mujeres son las causantes de mayores costos laborales, que además incurrirán en mayor ausentismo y baja productividad, ya que son las que asumen las responsabilidades familiares.

Las feministas han criticado que el derecho ha estado claramente ausente de la esfera doméstica, y que esto ha contribuido a consolidar la subordinación de las mujeres, dado que ha regulado la vida familiar durante siglos, directa o indirectamente, y que las normas han reforzado también la dicotomía entre el hogar “privado” y el mercado “público” y lo han hecho de manera particularmente destructiva para las mujeres.<sup>6</sup>

Estas conductas discriminatorias habitualmente aparecen como formas de trato cotidianas y normalizadas que padecen las mujeres por el hecho de serlo, tales como: mayores dificultades para acceder a un trabajo remunerado por los sesgos de género en el proceso de selección, mayor precariedad laboral, desigualdad en el acceso a las oportunidades y recursos, brecha salarial, mayor carga en las tareas de cuidado, entre otras. La socialización de género influye así directamente en el hecho de padecer estas situaciones, aceptarlas y asumirlas con una actitud pasiva.

Dado que no existen restricciones para la inserción plena de las mujeres en el mundo del trabajo remunerado, la persistente discriminación y la desigualdad en el empleo solo se explica si atendemos a las imágenes estereotipadas acerca de mujeres y varones y los roles asignados a cada uno de ellos, y a las dificultades para lograr acuerdos de responsabilidades compartidas.

En este campo, el derecho laboral es ilustrativo al respecto, en tanto la razón de ser de esta rama especial del derecho consiste en nivelar una situación previa de desigualdad: empleadores (capital) y trabajadores/ras (trabajo), que no se encuentran en igualdad de condiciones.

Por ello, en este tema, nos ilustran las palabras de Haydée Birgin, que nos dice: “No es posible concebir el discurso jurídico como un todo unívoco y monolítico, que garantiza “la igualdad de los ciudadanos ante

la ley”. Los interrogantes centrales que nos planteamos fueron cómo funciona el género dentro del derecho y cómo el propio derecho produce identidades y diferencias de género. No se trata simplemente de indagar si el derecho supera las desigualdades de género, sino de considerarlo como creador de género. A su vez, en los espacios laborales, se imponen y definen distinciones de género discriminatorias en relación de diversas tareas, sin que esto esté contemplado en la ley. Por lo tanto, la temática femenina en el sistema jurídico no se restringe únicamente a los aspectos negativos que pueden oprimir a las mujeres sino que abarca un campo mucho más amplio. En relación con una misma ley, es posible detectar fuertes contradicciones: por ejemplo, aunque su objetivo sea proteger a las mujeres, puede actuar, en su aplicación, como un elemento discriminatorio.”<sup>7</sup>

Si bien el derecho del trabajo es uno de los que más ha ido cambiando en los últimos años, atravesado por nuevas modalidades de trabajo, otras formas de vincularse entre las personas, por la influencia de los medios digitales, la proliferación de diferentes maneras de comunicarse, así como de nuevas conformaciones familiares, no debemos perder de vista el sentido protectorio que tiene, desde sus inicios, y por ende, su faceta de no neutralidad manifiesta.

En palabras de Frances Olsen, la idea de que el derecho es objetivo es refutada por el gradual reconocimiento de que las cuestiones políticas aparecen en todas partes, y que cada vez que se hace una elección, cada decisión legal, se basa en razones políticas, que por definición no pueden ser objetivas.

Por ejemplo, si una solución protege la igualdad formal del tratamiento de la mujer, su derecho a la igualdad sustancial requeriría un resultado diferente. Algunas feministas afirman que la igualdad formal requiere que el derecho trate el embarazo del mismo modo que a cualquier otra incapacidad temporal, mientras que otras feministas sostienen que la igualdad sustancial requiere que las mujeres puedan dar nacimiento a sus hijos sin perder sus trabajos —aunque no se justificara ninguna ausencia temporal en el trabajo—. En consecuencia, algunas feministas afirman que las mujeres deberían insistir sobre la igualdad formal y rechazar cualquier forma de licencia especial por maternidad, mientras que otras feministas argumentan que las mujeres que trabajan necesitan una adecuada licencia por maternidad, aunque no se otorgue ninguna licencia similar a los hombres o a otras personas que no están embarazadas.

Por esto, el derecho no sólo no es objetivo, sino que tampoco proporciona ningún fundamento racional para elegir qué derecho reconocer y proteger en cada caso particular, siendo necesario reconocer la imposibilidad de respuestas fáciles, lógicas, o universales, debiendo repensar todas las cuestiones de una manera más constructiva e imaginativa, dado que no se puede separar el derecho de la política, de la moral y del resto de las actividades humanas, sino entendiéndolo como una parte integral del entramado de la vida social.<sup>8</sup>

7 BIRGIN, HAY DEE. Compiladora. “Ley, Mercado y Discriminación” El Género del Trabajo, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho (2000).

8 OLSEN, FRANCES. EL SEXO DEL DERECHO. Publicado en David Kairys (ed). The Politics of Law (Nueva York, Pantheon, 1990), pp.452-467. Traducción de Mariela Santoro y Christian Courts.

6 OLSEN, FRANCES. EL SEXO DEL DERECHO. Publicado en David Kairys (ed). The Politics of Law (Nueva York, Pantheon, 1990), pp.452-467. Traducción de Mariela Santoro y Christian Courts.



## IV. PALABRAS FINALES

La vinculación entre la legislación, la aplicación efectiva de las leyes, los arreglos institucionales, y el contexto en el cual se desarrollan estos procesos obliga a formular nuevos marcos teóricos y categorías analíticas teniendo en cuenta la forma en que operan las leyes, considerando los vínculos existentes entre el discurso jurídico y la ideología, por un lado, y por el otro, las relaciones institucionales existentes en la sociedad en un momento determinado de su historia.

Quizás, a partir de un nuevo enfoque de derechos, que sea capaz de incorporar estos distintos elementos, sea posible redefinir, sobre bases más sólidas y profundas, el concepto de igualdad de género en el derecho del trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA

BEAUVOIR, SIMONE (1987). *EL SEGUNDO SEXO* (1ª.ed.). Buenos Aires. Siglo XX.

BIRGIN, HAYDEE, compiladora "Ley, Mercado y Discriminación" *El Género del Trabajo*, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho (2000).

FRIES, LORENA Y LACRAMPETTE, NICOLE (2013). "Feminismos, género y derecho", en Lacrampette, Nicole (ed): *Derechos Humanos y Mujeres: teoría y práctica*. Santiago de Chile: Universidad de Chile/ Facultad de Derecho/ Centro de Derechos Humanos.

MAFFIA, DIANA, "Epistemología Feminista: La subversión semiótica de las mujeres en la ciencia". Instituto de Estudios de Género, Universidad de Buenos Aires.

MATTIO, EDUARDO, "De qué hablamos cuando hablamos de Género"

(<https://programaddssrr.files.wordpress.com/2013/05/de-que3a9-hablammos-cuando-hablammos-de-gc3a9nero-una-introduccc3b3n-conceptual.pdf>)

OLSEN, FRANCES. *EL SEXO DEL DERECHO*. Publicado en David Kairys (ed). *The Politics of Law* (Nueva York, Pantheon, 1990), pp.452-467. Traducción de Mariela Santoro y Christian Courtis.

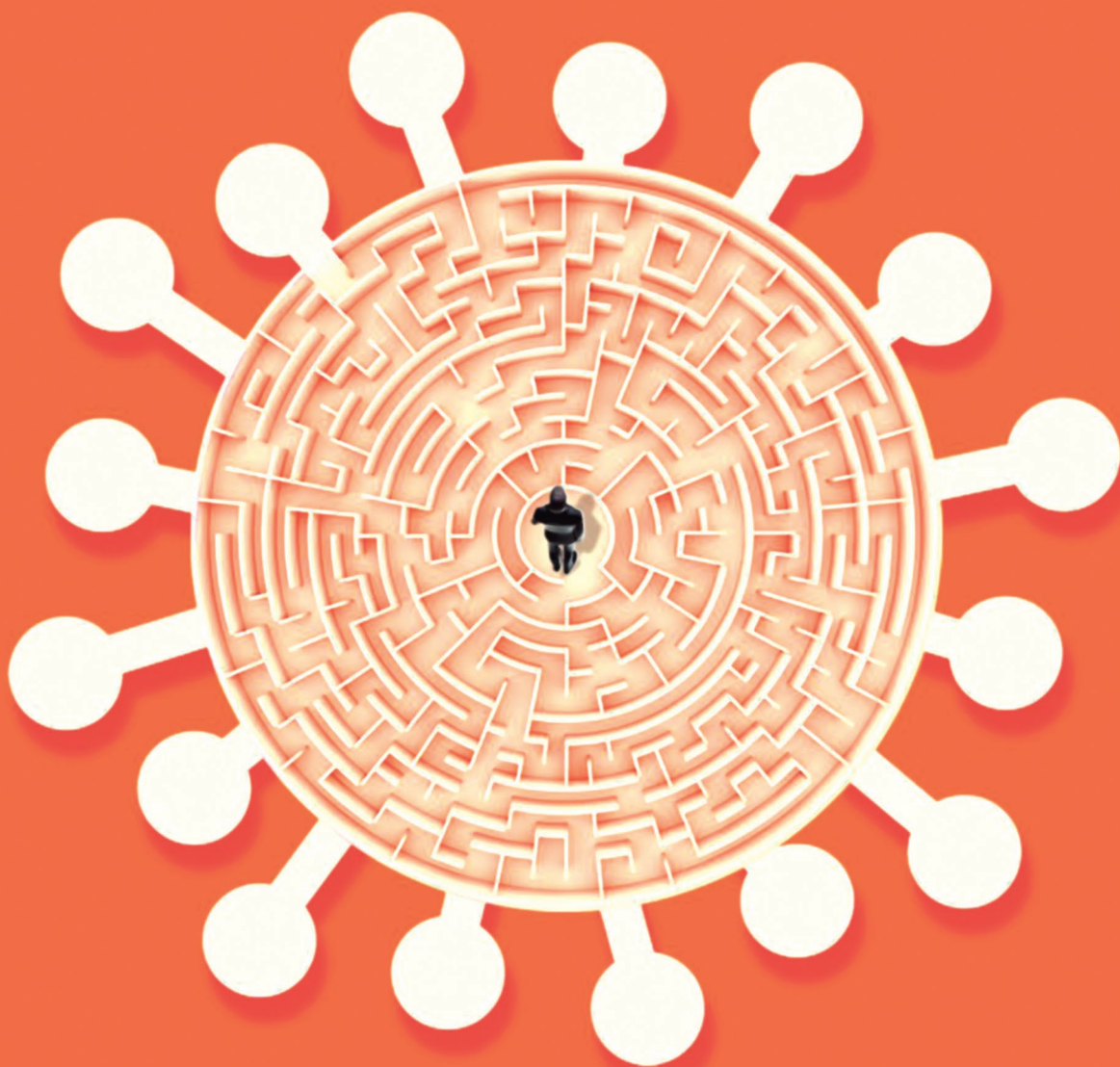
SALAS, MINOR E., *LOS CRIMENES DE LA MAGIA*, Mito, superstición y derecho penal en la edad moderna, Universidad de Costa Rica.





Carlos A. Toselli<sup>1</sup>

# EL LABERINTO DEL COVID 19



---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. 2. Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba. 3. Integrante del Comité de expertos de la Comisión Nacional de Evaluación Académica Universitaria (CONEAU). 4. Autor de diversos libros en la materia tal como Régimen Integral de Reparación de los Riesgos Laborales, Extinción del Contrato de Trabajo, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y 5. Director de la Revista Temas de Derecho Laboral de Erreius.



## I. INTRODUCCIÓN

Cuando se piensa en un laberinto, acorde a la mitología griega, se lo señala como un lugar intrincado, confuso y de difícil salida si no imposible salida. A mí me trae como referencia un lugar en las sierras de Córdoba donde en mi inocente niñez me encontraba buscando encontrar por donde podía retornar al mundo exterior, pensando que si me quedaba allí iba a ser engullido por monstruos mitológicos. Nadie me había advertido que había algunas señales que los más avezados seguían y de esa manera lograban burlar el cerco y encontrar la tan ansiada salida.

Algo parecido es lo que se trae a colación en referencia al Covid 19 y al modo de reconocimiento y reparación instrumentado a partir de las normas de emergencia que han complicado el ya farragoso tránsito interno en las Comisiones Médicas, a más de, dato no menor, modificar textos legales sin mayor empacho, aunque lo hayan sido por las normas reglamentarias que los DNU autorizan a dictar pero no avalan roles legislativos de órganos inferiores que carecen de tales facultades.

## II. LAS COMPLEJIDADES DEL DNU 367/2020

Mucho se discutió en foros acerca de si era necesario el dictado de una norma específica o si bastaba con lo que existía, por cuanto surgía claro que el COVID 19 como enfermedad profesional no aparecía regulada (ni podía haberlo estado por desconocimiento de las causas que la habrían de determinar) o bien si iba a ser necesario para su reconocimiento que se siguiera el trámite del DNU 1278/00, reglamentado en su operatividad administrativa a través de la Resolución SRT 899/E/2017.

Allá por el mes de abril del año 2.020 el Poder Ejecutivo Nacional resolvió la cuestión y ante el comienzo de casos que empezaban a afectar a trabajadores decidió tomar al Minotauro por las astas y de esa manera establecer reglas puntuales y específicas, se supone que para el más rápido y efectivo reconocimiento de una afección, que en modo pandémico iba geométricamente avanzando sobre la salud de los trabajadores argentinos (aunque en aquel momento teníamos un nivel de contagio diario inferior a 500 casos).

Sin embargo las reglas allí dictadas distaron de ser generales, ya que establecieron varios límites que dejaron fuera de cobertura a diversos trabajadores. Así, 1) Sólo cubriría trabajadores registrados que figuraran en las nóminas que las empresas le remitieran a las ART. 2). Únicamente quedarían abarcados los trabajadores esenciales y 3). Ello sólo sería así mientras el lugar de trabajo estuviera contemplado en el área de ASPO y mientras durare su vigencia. Como se advierte la generosidad del art.

8 del DNU 297/2020 de garantizar ingreso a aquellas personas que cumplían tareas de periodicidad mensual aunque estuvieran regidos por vínculos no laborales (o al menos no reconocidos como tales) no tuvo la misma receptividad en este DNU, con el agravante que grupos de alta exposición al virus quedaban fuera de cobertura como eran todos aquellos profesionales del área de salud que figuraran como Monotributistas en sus vinculaciones con clínicas, sanatorios y hospitales y también los trabajadores on demand (Rappi, Glovo, Uber, Pedidos Ya, etc.) que eran fundamentales en el traslado gastronómico especialmente en aquella etapa que la única modalidad habilitada era la de “delivery” o “take away” como nos tuvimos que empezar a familiarizar con el lenguaje de Shakespeare y que ahora estaríamos en un revival con las nuevas disposiciones dictadas para el Amba el 14 de abril de 2021. De igual manera la ampliación de actividades exceptuadas del ASPO, pero sin la clasificación de tareas esenciales (básicamente el trabajo en fábricas como la automotriz o metalmeccánica en general y de la industria de la construcción) obligó a salir de su encierro y transitar (supuestamente, aunque no fácilmente constatable, por transporte privado) a masas de trabajadores de estas actividades que concurrían a cumplir su débito laboral, desconociendo que no estarían protegidos si llegaban a quedar infectados. Por último, la diversa situación epidemiológica del país, llevó a determinar que fundamentalmente el AMBA, pero también algunas regiones puntuales continuaran en ASPO, mientras que en otras vastas zonas, la situación quedaba regida por el Distanciamiento Social Preventivo Obligatorio (DISPO) y consecuentemente las ART comenzaron a rechazar reclamos encaminados a lograr la cobertura sobre la base de estos supuestos fácticos.

Sólo el decreto se encargaba de generar presunción de contagio a los trabajadores del área de la salud (debidamente registrados y con algunas notorias exclusiones en su anexo reglamentario, como sería el personal de geriátricos o los visitantes médicos, aunque el carácter no taxativo del anexo de la Resolución SRT 38/2020 permitiría bregar por su inclusión) donde la ART o el establecimiento autosegurado debían demostrar que el contagio no había sido adquirido en la prestación de sus labores. Posteriormente la modificación a este artículo 4 por vía del DNU 875/2020 (B.O. 7-11-2020) incluyó en las mismas previsiones y ámbito temporal de cobertura (que se extendía hasta los 60 días de concluida la emergencia de salud, por ahora prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2021) al personal policial y de seguridad en cumplimiento de sus labores.

El resto de los trabajadores argentinos contagiados de Covid 19 tendrían que demostrar de manera fehaciente e indubitable la existencia de nexo de causalidad exclusiva entre su infección y el trabajo desempeñado, lo que a nuestro entender era una especie de prueba diabólica.

Justo es reconocer que el art. 2 estipula que las ART no podrán rechazar la cobertura del COVID 19 cuando el trabajador o sus causahabientes acompañen el correspondiente diagnóstico de positividad emitido por entidad médica debidamente autorizada por el sistema de Salud. Tal cobertura



abarca exclusivamente a las prestaciones en especie (atención médica hospitalaria y provisión de respiradores y medicamentos acordes al estado de salud del trabajador infectado) y las prestaciones dinerarias de Incapacidad Laboral Temporal. En caso de fallecimiento, los causahabientes podrán reclamar que se le brinde al trabajador fallecido el servicio funerario de conformidad con lo prescripto por el art. 20 inc. e) de la ley 24.557. También debe quedar claro que los primeros diez días de cobertura de la ILT será a cargo del empleador conforme al esquema prestacional de la ley 24.557.

### III. LA REGLAMENTACIÓN A TRAVÉS DE LA RESOLUCIÓN SRT 38/2020

Con fecha 28 de abril de 2020 la SRT dicta la Res. 38/2020 que estipula las normas de procedimiento para lograr el reconocimiento de la patología. En ese sentido la norma reglamentaria vino a alterar el mecanismo de adhesión de las provincias a la ley 27.348 al establecer la obligatoriedad de realizar todo el trámite por ante la Comisión Médica Central, conforme al esquema administrativo diseñado, de conformidad con lo prescripto por los arts. 13 y 14 de la Resolución SRT 38/2020.

Dicha norma en su artículo 1, especifica que para que comience a correr la obligación de otorgamiento de prestaciones debe acompañarse el estudio de diagnóstico de entidad sanitaria incluida en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (R.E.F.E.S.) creado por Res. 1070 del Ministerio de Salud de la Nación, con resultado positivo para COVID 19.

El artículo 3 del DNU por su parte señala que la Comisión Médica Central será la que con carácter de intervención originaria determinará la confirmación de la presunción, debiendo establecerse la imprescindible y necesaria relación de causalidad directa e inmediata de la enfermedad de-

nunciada con el trabajo efectuado en el necesario contexto de dispensa del deber de trabajar como consecuencia del ASPO.

En los aspectos procesales, Comisión Médica Central tendrá la facultad de invertir la carga probatoria a favor de los trabajadores no contemplados en el art. 4, cuando se constate en el lugar donde prestara tareas el dependiente: a) existencia de número relevante de infectados, quedando lógicamente en manos del organismo administrativo establecer en qué hipótesis o variante cuantitativa se configura tal número relevante; b) cuando se demuestren otros hechos reveladores de la probabilidad cierta de que el contagio haya sido en ocasión del cumplimiento de las tareas desempeñadas con motivo de dicha exclusión.

A partir del art. 3 se fija el procedimiento ante la Comisión Médica Central para la determinación definitiva del carácter profesional de la contingencia, señalando:

1. Que el trámite debe ser iniciado en la Comisión Médica Jurisdiccional del domicilio del trabajador, ya sea en forma física o en forma digital en la Mesa de Entradas Virtual.

Una primera salvedad que corresponde efectuar, es que con ello se elimina la opción consagrada por el art. 1 segundo párrafo de la ley 27.348, que consagraba otras posibilidades de elección de Comisión Médica local para la originaria actuación administrativa. El escrito de iniciación debe ser realizado con patrocinio letrado obligatorio y requerirá que contenga los siguientes datos:

- a) Descripción del puesto de trabajo, funciones, actividades o tareas habituales y jornadas durante la excepción al ASPO.
- b) El fundamento del nexo de causalidad directa e inmediata con el COVID 19.
- c) DNI del trabajador.
- d) DNI y matrícula del letrado patrocinante.
- e) Historia clínica del COVID 19, si es que ha recibido atención médica de la Obra Social o de prestadores públicos o privados.



- f) Constancia del Alta médica otorgada por la ART o el EA.
- g) Toda otra documentación de la que intente valerse a fin de acreditar la invocada relación de causalidad.

Una vez recibida la presentación se correrá traslado por Ventanilla Electrónica a la ART o al EA por el término de cinco días hábiles. En su respuesta la ART o el EA deberán informar:

- a) Denuncia de la contingencia con los requisitos del art. 1 de esta resolución, es decir incluyendo el certificado médico con resultado positivo del COVID 19.
- b) Constancia de la dispensa del ASPO otorgada por el empleador.
- c) Historia clínica con la atención brindada por parte de la ART o el EA.
- d) Informe de análisis del puesto de trabajo del área de prevención de la ART o del EA. Este informe es potestativo y si no se presenta se considerará no controvertido lo sostenido por el trabajador o sus derecho habientes respecto de la modalidad laboral y
- e) Toda otra documentación de la que intenten valerse (la ART o el EA) para desvirtuar las presunciones respecto del contagio por COVID 19, en los términos del DNU 367/2020.

Un punto central es que el silencio de la ART o el EA no implica el reconocimiento del carácter profesional de la patología, sino simplemente que vencido el plazo sin respuesta continuará sin más trámite la prosecución de las actuaciones.

El art. 5 determina que una vez recibido el descargo con su prueba documental o de otra índole por parte de la ART o del EA, cesa la actuación de la Comisión Médica Jurisdiccional y se procede a elevar las actuaciones a la Comisión Médica Central, la que ejercerá su **potestad jurisdiccional de naturaleza originaria**, a fin de corroborar la relación de causalidad entre el COVID 19 y la ejecución del trabajo en el contexto de la dispensa del ASPO. A esos fines y como ya consta por autoridad competente el resultado positivo de contagio del COVID 19, no se realizará el examen físico al trabajador reclamante. La Comisión Médica Central tendrá facultades para dictar medidas para mejor proveer antes de emitir resolución y a esos fines se podrá prorrogar el plazo de su dictado por el término de quince días hábiles administrativos.

El art. 6 determina que el plazo para emitir dictamen será de treinta días hábiles administrativos, contados desde la recepción de la elevación de las actuaciones. Dicho dictamen deberá estar fundamentado con adecuado rigor científico y con la previa intervención del Secretario Técnico Letrado, a fin de que se expida sobre la legalidad del procedimiento y también respecto a la relación de causalidad invocada, aunque este aspecto no figura con el carácter de opinión vinculante, por lo





cual la Comisión Médica Central en su resolución puede ignorar el informe aquí emitido, respecto a este punto.

El art. 7 establece los mismos recursos administrativos que contemplan las resoluciones SRT: 298/17 y 899/E/2017 es decir el de Aclaratoria, que es denominado Rectificación de errores materiales o formales y el de Revocatoria (o reposición como sería en los códigos procesales locales) si hubiera contradicción sustancial entre la fundamentación y resolución o bien omisión de resolver alguna de las peticiones o cuestiones planteadas. El plazo recursivo se fija en tres días hábiles administrativos contados desde la notificación del dictamen de la CMC, debiendo ser presentado por Ventanilla Electrónica. El plazo para resolverlos es de tres días hábiles administrativos con la particularidad que carecen de efectos suspensivos respecto del Recurso de Apelación.

Dicho recurso está contemplado en el art. 8, que ignora las leyes de adhesión provinciales y exige que el mismo sea presentado en forma directa ante los tribunales de Alzada de la jurisdicción originaria o si no hubiera, como en Córdoba, en la Cámara del Trabajo. En tal caso el plazo para recurrir se fija en quince días hábiles administrativos desde la fecha de notificación del dictamen de la Comisión Médica Central, lo que también se contrapone con el plazo de caducidad de la ley 10.456 y con los pronunciamientos judiciales de nuestra provincia que han sostenido que el plazo debe estar acorde al plazo de prescripción de la acción que es de dos años, de conformidad con lo dispuesto por el art. 44 de la ley 24.557 y 256 y 258 de la LCT.

En el artículo 9 se exige el patrocinio letrado obligatorio para todo el trámite, señalando que el abogado que represente al trabajador o sus derecho habientes debe contar con matrícula habilitante en la jurisdicción local, o en la CABA, por ser el domicilio de la CMC o en todo caso matrícula federal. Al respecto es de aplicación todo lo dispuesto por la Resolución SRT 298/17. El artículo 10 obliga al trabajador o sus derecho habientes a constituir un domicilio electrónico por medio de su abogado. También la ART, el empleador autoasegurado y el empleador del trabajador serán notificados por vía electrónica y serán consideradas fehacientes y legalmente válidas. Para el caso que por alguna razón no fuera posible notificar por vía Ventanilla Electrónica se exige además la constitución de un domicilio postal, donde igualmente serán válidas las notificaciones que curse la CMC.- Por su parte el art. 12 declara el carácter excepcional de este trámite particular para el reconocimiento de la enfermedad profesional no listada, desplazando todas aquellas otras normas que pudieren estar en contradicción con la misma.

Este trámite ha sido complementado y modificado en algunos aspectos por la Res. SRT 10/2021 conforme se analizará infra.





## IV. EL DNU 39/2021

La persistencia de la pandemia y la profundización de los contagios a la población en general y a los trabajadores en particular, llevo al Poder Ejecutivo Nacional a dejar de lado la disposición que surgía del DNU 1033 del 20 de diciembre de 2020 que señalaba en su ARTÍCULO 10. LUGARES ALCANZADOS POR EL AISLAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO: A la fecha de dictado del presente decreto ningún aglomerado urbano, ni departamento ni partido de las Provincias argentinas se encuentra alcanzado por lo previsto en el artículo 9º, con lo cual todo el país pasaba a estar regido por el DISPO.

Para que quede claro, a partir del 21 de diciembre de 2020 el alcance del DNU 367/2020 se acotaba exclusivamente a los trabajadores de la salud y de las fuerzas de seguridad y policiales por lo que el resto de los trabajadores argentinos o sus causahabientes (aún de los trabajadores esenciales) de otras actividades iban a tener que seguir lisa y llanamente el procedimiento del decreto 1278/00, si pretendían lograr el reconocimiento de alguna secuela o del fallecimiento que habría acontecido como consecuencia de la infección al Covid 19, incluyendo todo lo que tuviera que ver con las prestaciones en especie y las prestaciones dinerarias de ILT.

Con fecha 22 de enero de 2021 se dicta la norma referida, publicada en el Boletín Oficial al día siguiente, que en lo que nos interesa en su art. 7 dispuso que por el término de noventa días corridos a partir de la vigencia de la norma, se considerará enfermedad presuntivamente profesional no listada al Covid 19 para la totalidad de los trabajadores argentinos dependientes incluidos en el ámbito de aplicación personal de la ley 24.557 y que hayan prestado efectivamente tareas en sus lugares habituales fuera de su domicilio particular.

Entonces según lo que vamos señalando desde el 21 de diciembre de 2020 hasta el 23 de Enero de 2021, todo trabajador que se hubiere contagiado de Covid 19 y que no fuera personal médico dependiente o de las fuerzas policiales o de seguridad en servicio careció de cobertura en los términos del DNU 367/2020. A partir del 23 de Enero de 2021 y hasta el 23 de Abril de 2021 (salvo nuevas prórrogas que parecen inexorables

en atención al incremento de casos diarios que están impactando a los argentinos) nuevamente quedará en esa situación, salvo que los nuevos DNU que se están dictando vuelvan a incluir a grupos de personas y actividades económicas dentro de las disposiciones del ASPO, como contempla el DNU 1033/2020.

El art. 7 del DNU comentado señala que a los fines presuncionales y de trámite ante la Comisión Médica Central serían de aplicación las disposiciones de los arts. 2 y 3 del DNU 367/90, al mismo tiempo que ratifica la vigencia del art. 4 también de dicho decreto.

El art. 8 delega en el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social la prórroga del plazo fijado, con idénticas características al igual que la modificación del monto de la suma fija destinada al financiamiento del Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales, sobre el que volveré infra.

## V. LA RESOLUCIÓN SRT 10/2021

Con fecha 12 de marzo de 2021 se dicta la aludida Resolución, que establece pautas de procedimiento para la actuación ante la Comisión Médica Central, destacando así en el art. 1 los requisitos que deben constar en la denuncia que se debe efectuar ante la Art o el Empleador Autoasegurado, con la particularidad que ahora se exige que la descripción del puesto de trabajo, funciones, actividades o tareas habituales desarrolladas comprenda el plazo de los tres a los catorce días previos a la primera manifestación de síntomas del Covid 19, con la debida constancia de tales circunstancias por parte de los empleadores (apartado 3). Igual requisito se exigirá si no hubiera presentado síntomas a la fecha del estudio de diagnóstico con positividad.

De igual manera se sigue sosteniendo que los cuestionamientos formales van a ser resueltos por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo dentro del plazo máximo de 48 horas luego de emitida opinión por parte de la Gerencia de Asuntos Jurídicos y Normativos.

El Capítulo II hace referencia al desarrollo del trámite, que no difiere mayormente del que estaba previsto en la Resolución 38/2020 conforme al análisis supra realizado salvo en que no se exige ahora la certificación de los aspectos vinculados con ASPO o con actividades esenciales por tratarse de la totalidad de los trabajadores.

También se agrega como exigencia el detalle del lugar de trabajo del dependiente dentro de los tres y catorce días previos a la aparición de los primeros síntomas y para el caso de los trabajadores asintomáticos se deberá acreditar la prestación efectiva de tareas durante una o más jornadas, fuera de su domicilio habitual, entre los tres y catorce días previos a la realización del estudio médico que diagnosticara la positividad de Covid 19.

Otra cuestión novedosa ha sido la posibilidad de que el médico de la Comisión Médica Central considere necesario la audiencia médica de examen físico del trabajador afectado. Las medidas para mejor proveer suspenden el plazo para dictar resolución por el término de quince días hábiles administrativos y el resto del articulado es una réplica de lo dispuesto por la Resolución SRT 38/2020, la que se entiende que no resulta de aplicación para estos casos que se detecten a partir del 23 de enero de 2021.

## **VI. EL FONDO FIDUCIARIO DE ENFERMEDADES PROFESIONALES Y SU APLICACIÓN PARA LOS CASOS DE COVID 19**

El DNU 1278/00 cambió el objetivo del Fondo Fiduciario previsto para la cobertura de los daños producidos por el agente causal ruido (Decreto 590/97, versión originaria), a tenor de lo establecido por la posibilidad de apertura del listado para aquellas afecciones no incorporadas en el listado que fueran reconocidas a través del procedimiento allí estipulado por la Comisión Médica Central. Posteriormente las modificaciones al listado mediante el decreto 49/2014 determinaron que para las nuevas patologías que se incorporaran al listado había un primer período de cobertura por dicho Fondo, se suponía que hasta que las Art pudieran incluir su costo en las primas de aseguramiento.

El artículo 5º del Decreto N° 367/20, como norma específica vinculada al combate contra el Covid 19 y sus consecuencias en la salud de los trabajadores estableció que el financiamiento de las prestaciones otorgadas para la cobertura especial de la presunta enfermedad profesional COVID-19 será imputado en un CIENTO POR CIENTO (100 %) al FONDO FIDUCIARIO DE ENFERMEDADES PROFESIONALES creado mediante el Decreto N° 590/97. Eso determinó que el monto que se abonara en

concepto de Prestaciones en Especie o de ILT por parte de los Empleadores Autoasegurados o por las ART podía ser gestionado su recupero ante la SRT.

Pero, además se señaló que las prestaciones dinerarias por Incapacidad Definitiva o Fallecimiento de los trabajadores que hubieran contraído la enfermedad en cumplimiento de su débito laboral, también serían absorbidas por el aludido fondo.

El problema quedó determinado por la cuantía económica de dicho fondo, que se conforma con un aporte que hacen las ART sobre la totalidad de los trabajadores incorporados al sistema y que había sido determinado en la suma fija de \$ 0.60 por trabajador. En números redondos esa cifra significa un monto de \$ 6.000.000 por mes, que claramente luego del dictado de la Res. SRT. 7/2021 no alcanzaba ni tan siquiera para cubrir el monto de fallecimiento de un trabajador contagiado por COVID 19.

El art. 8 del DNU 39/2021 dispuso textualmente: “Facúltase al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social a disponer la prórroga del plazo previsto en el art. 7 del presente decreto, así como también a modificar el monto de la suma fija destinada al financiamiento del Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales”.

A tenor de tal autorización con fecha 9 de marzo de 2021, el aludido Ministerio dictó la Resolución 115/21 que en la parte que nos interesa señala:

ARTICULO 1º.- Dispónese que la suma fija a abonar por cada trabajador conjuntamente con la alícuota, establecida en el artículo 5º del Decreto N° 590/97, con destino al Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales (FFEP), será de un valor de PESOS CUARENTA (\$ 40).

Reiterando los términos de cantidad de trabajadores cubiertos, resulta una cifra cercana a los Cuarenta Millones de Pesos (\$ 40.000.000) que de manera mensual ingresarán a las arcas de dicho Fondo para afrontar el pago de los siniestros derivados de la peste.

Si bien representa un aumento significativo en su monto, la carencia de datos ciertos a la fecha respecto de cuántos trabajadores han fallecido y cuántos han sido afectados por el Covid 19, torna incierta la efectividad de la medida. Si hay más de 58.000 argentinos fallecidos y una cifra ya cercana a los 3.000.000 de infectados, se torna necesario contar con tal información para ver si el incremento del Fondo resulta adecuado o si mantiene su notoria insuficiencia y deberá ser resuelto políticamente mediante una inyección de fondos que proyecte el Estado Nacional para que en definitiva el daño a la salud de estos trabajadores y el resarcimiento a los mismos o a sus causahabientes tenga una cobertura completa dentro del sistema especial y que no tengamos nuevos parias desamparados por un Fondo que al no ser solidario no requiere de nuevos aportes de las ART ni tampoco podrán ser trasladados a los empleadores y en cuyo caso dichos afectados tendrían que ingresar a un largo listado de damnificados a la espera del ingreso del aporte mensual para intentar percibir sus acreencias.



## VII. CONCLUSIONES

La magnitud de contagios (ya cercano a los 3.000.000 de argentinos, con récord de casi 30.000 casos diarios el día 16 de abril de 2021) y el avance inexorable de fallecidos que acarrearán tales cifras y que ya han superado los 58.000 argentinos que perdieron la vida con motivo de este flagelo, determinó que ya, a principios del año 2021 se visualizara que los trabajadores afectados iban a superar ampliamente las previsiones del texto del DNU 367/2020.

Es por ello que con acierto se dicta el DNU 39/2021, que al menos modifica el kafkiano camino de reconocimiento derivado de trabajadores excluidos y exceptuados o de zonas con ASPO Y DISPO y determina que todos los trabajadores dependientes tendrán la cobertura del sistema de Riesgos del Trabajo por el término de 90 días, plazo que inexorablemente deberá ser prorrogado al estar en el momento más álgido de la segunda ola de contagios con sus secuelas de incapacitación y muerte.

La Resolución SRT 10/2021 marca un avance al permitir que el trabajador que haya superado el COVID 19 pueda demostrar el padecimiento de algunas otras afecciones como secuela de aquel contagio al prever ahora el examen médico ante la Comisión Médica Central, con lo que afecciones como las derivadas de Stress Postraumático o problemas respiratorios o coronarios post Covid 19, podrán intentarse que sean reconocidas.

No obstante ello el verdadero talón de Aquiles de todo este mecanismo, que en definitiva traslada gran parte del costo a un fondo, que más allá de su incremento por medio de la Res. 115/21 del MTESS, sigue siendo de escasa solvencia, ante la magnitud de casos que se registran y del que se deriva un pronto agotamiento económico y por ende de posibilidad de responder adecuadamente a las exigencias resarcitorias y reparatorias. Es necesario una decisión política de insuflar partidas presupuestarias que permitan afrontar el pago derivado de Indemnizaciones por Fallecimiento (que en este momento su cuantía orilla a nivel de prestaciones dinerarias las 8 millones de pesos) y de Incapacidad Definitiva por las secuelas físicas y psicológicas que los distintos profesionales de la salud advierten que perdurarán como consecuencia de haber transitado el recorrido pandémico.

De no hacerlo así, como dijera la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Suárez Guimbord contra Siembra AFJP” la insuficiencia de la reparación significará una nueva victimización de las víctimas de la mayor tragedia sanitaria que debió afrontar el pueblo argentino en más de 150 años y que conforma además una prueba de fuego para justificar la existencia de un sistema de reparación de los riesgos del trabajo por fuera de la Seguridad Social. Ojalá que se iluminen nuestros gobernantes y legisladores para encontrar los caminos más idóneos para llegar a esa meta.





Estimados compañeros y colegas:

Me es grato hacerles llegar este pequeño agradecimiento, que difícilmente refleje lo honrada que me siento de haber sido elegida en la Presidencia de la prestigiosa AADTySS Córdoba.

Esta querida Asociación, fundada el 3 de Abril de 1978, con 43 años de permanente y continua actividad, con la marcada impronta que se mantiene hasta la fecha desde su fundación, basada en el compañerismo, el trabajo en equipo, el respeto, el consenso pero por sobre todas las cosas la pasión por el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Teniendo como bandera la defensa de los Derechos laborales y humanos de los trabajadores.

Es un gran desafío, ser una de las pocas mujeres en ocupar dicho cargo, reconociendo en la presidencia del año 1981 Dra. María A. Siarra de Aricó, en el año 1991 y 1995 a la Dra. María de las Mercedes Blanc de Arabel y posteriormente en el año 2005 la Dra. Eladia Garnero de Fazio, y en las vicepresidencias del año 1997, 2007, 2011, 2017 y 2019 a las Dras. María Estela Piña, Alicia Graciela del Valle Ulla, Nancy Noemi El Hay, Agostina Lacase y Valeria Mimessi respectivamente, quienes reivindicaron el lugar de las mujeres en nuestra Asociación, quienes nos demostraron su impronta y fuerza y allanaron el camino que impulsa a otras mujeres a ocupar lugares de liderazgo.

También aprovechando este momento, quiero resaltar, que si bien desde sus comienzos la presidencia de esta Asociación, se alternó entre un magistrado y un abogado que ejerce la profesión, en ésta oportunidad dicha máxima se ha ampliado con buen tino a integrar a los representantes del Ministerio de Trabajo de Córdoba, reconociendo de estas manera a dicho organismo administrativo, parte fundamental en el mundo de las relaciones del trabajo, con su laboral diaria a los fines de otorga respuestas a las necesidades que demandan los trabajadores y contando siempre con el acompañamiento de todos los profesionales que hacen del derecho laboral su pasión y trabajo.

Hoy en día, con mucho trabajo, dedicación y camino recorrido, recaen en mi persona, el cargo de Secretaria de Trabajo y Relaciones Laborales de ésta Provincia y Presidenta de esta Asociación, lo cual me obliga e impulsa a seguir redoblando los esfuerzos para transitar este camino junto a Uds. Y en pos de lograr el respeto y reconocimiento de los derechos del trabajador, siendo siempre la información y la capacitación constante en la materia, el camino que nos forje como profesionales del derecho laboral.

Los saluda Atte. y agradece esta oportunidad.

**Dra. Elizabeth Bianchi**





# DELEGACIONES PERÍODO 2019-2021

## ALTA GRACIA

Presidenta: **Laura Coeiglio**, Vicepresidenta: **Karina Galli**  
Secretaria: **Laura J. Hued**, Prosecretario: **Ricardo Ramella**  
Tesorera: **Daniela Belli**, Protesorero: **Ricardo Bueno (h)**.  
Vocales: **Martín Coeiglio, Roger A. Zárate, Diego García, Juan M. Bossi**

## CARLOS PAZ

Presidenta: **Patricia Alejandra Ledesma**, Vicepresidente: **Sergio Rodriguez**  
Secretaria: **Romina Arrieta**  
Tesorero: **Eliás Karanicolas**, Protesorera: **Denise Heredia**  
Vocales: **Fabiana Vergara, Ana Laura Bosio, Valeria Vega**

## SUDESTE

Presidente: **Diego Sobrino**, Vicepresidenta: **Itatí Demarchi**  
Secretaria: **Julieta Barroso**, Tesorero: **Manuel Sosa**  
Vocales Titulares: **Adolfo Albrecht, Julio Nóbrega**

## SUR

Presidenta: **Hebe Haydeé Horny**, Vicepresidenta: **Sandra Silvia Senn**,  
Secretaria: **Giselle Cragnolino**, Tesorera: **Maria Alejandra Marioli**,  
Vocales Titulares: **Juan Manuel Sanmartino, Matías Bassino Gradiol, Víctor Daniel Recalde,**  
**Claudia Lorena Ortellado, Lucas Sebastián Giorgi, Carlos Gabriel Gonzalez,**  
Vocales Suplentes: **Gastón Ignacio Fernandez, Ivana Andrea Valesio**

## NOROESTE

Presidente: **Omar Rene Sarich**, Vicepresidenta: **Adriana Elda Damiani**  
Secretaria: **Maria Laura Oliva**, Prosecretaria: **Maria Pia Gonzalez Conteri**  
Tesorera: **Gabriela Ibarra**, Protesorero: **Ricardo Osear Agost**  
Vocales: **Ricardo franciseo Seco, Gabriela Villar, Sonia Siri, Adrian Humberto Decara,**  
**Facundo Joel Tello, Ezequiel Abate Daga**

## DISEÑADO POR:

**Estudio de Diseño VEO**  
Tel.: 589-2885 (8 a 12 hs)  
☎ +54 9 351 6510800  
www.v-e-o.com.ar

## IMPRESO POR:

**Editorial Copiar**  
Tel.: (0351) 4869706  
editorialcopiar@arnet.com.ar

Los pronunciamientos publicados en "Catorce bis" pueden encontrarse o no sujetos a recursos. Su publicación tiene por objeto poner en circulación el criterio jurídico seguido por el Tribunal que lo dictó.  
Las opiniones vertidas en las notas firmadas así como las brindadas por los miembros de Comisión Directiva en el ejercicio de su profesión, son responsabilidad exclusiva de sus autores, las que no reflejan necesariamente la opinión institucional de la AADTYSS CÓRDOBA.  
Se autoriza la reproducción parcial o total citando la fuente.

Toda la información sobre la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo (AADTYSS) en: [www.asociacion.org.ar](http://www.asociacion.org.ar)  
Todas las actividades académicas de la Asociación de Derecho del Trabajo en: [www.asociacion.org.ar/index.php/actividades/cursos](http://www.asociacion.org.ar/index.php/actividades/cursos)  
ASOCIACIÓN ARGENTINA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL - CÓRDOBA: [www.asociacionlaboral.org](http://www.asociacionlaboral.org)

✉ [asociacionlaboralcba@gmail.com](mailto:asociacionlaboralcba@gmail.com)

[www.asociacionlaboral.org](http://www.asociacionlaboral.org)

in [AsociacionLaboralCordoba](https://www.facebook.com/AsociacionLaboralCordoba)

AsocLaboral

f Asociación Laboral Córdoba - AADTSSCba



Asociación Argentina de Derecho  
del Trabajo y Seguridad Social - CÓRDOBA





## EL TEATRO DE LA VIDA REAL

LO QUE EL REY TUVO QUE OÍR

Por **César Arese**



## SOBRE LA NATURALEZA DE LAS RELACIONES EXCLUIDAS DEL DECRETO 326/56 Y SUS PROYECCIONES EN LA LEY 26.844: UN FALLO ESCLARECEDOR

Por **Nicolás Astegiano**



## LAS ADICCIONES EN EL MUNDO DEL TRABAJO

Por **Elizabeth Verónica Bianchi**  
y **Marcelo Romero Serna**



## ADICCIÓN COMO CAUSAL DE ENFERMEDAD PROFESIONAL

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE JUJUY  
Por **Carlos Roberto Busajm**



## JANO, DOS CARAS DE UN MISMO DIOS

CÓMO APLICAR LAS NORMAS QUE REGULAN  
LOS CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES,  
EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES  
Por **Ricardo León Chércole**



## LA ORALIDAD Y LAS NUEVAS ESTRUCTURAS

Por **Silvia Díaz**



## VIOLENCIAS Y MODIFICACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO

Por **Andrea Isabel Franconi**



**EL FONDO DE RESERVA DE LA LEY 24.557**  
CUESTIONES CONFLICTIVAS EN ORDEN A SU  
COBERTURA EN LOS PROCESOS JUDICIALES  
Por **Ricardo Agustín Giletta**



**¿FONTANA CAMBIO "PELLICORI"? VALORACIÓN DE LA PRUEBA ANTE LOS DESPIDOS DISCRIMINATORIOS**  
Por **Mirna Lozano Bosch**



**LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN SOCIAL Y LA GARANTÍA DE SU REALIZACIÓN EN EL MARCO LOCAL**  
Por **Adriana Micale**



**UN SURCO MÁS EN LA FISURA DEL MODELO SINDICAL ARGENTINO. COMENTARIO AL FALLO. CSJN, 04.03.2021. ASOCIACIÓN DEL PERSONAL SUPERIOR DE AUTOPISTAS E INFRAESTRUCTURAS APSAI C/ AUTOPISTAS DEL SOL S.A. S/ ACCIÓN DE AMPARO**  
Por **Rosalía Pécora**



## NOTAS TÍPICAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA  
Por **Federico Guillermo Provensale**



## LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS EN EL FUERO LABORAL DURANTE EL CONTEXTO DE PANDEMIA COVID-19

Por **Quiroga Contreras Juan Facundo**  
y **Moyano Juan Manuel**



## EL PROCEDIMIENTO ANTE LAS COMISIONES MÉDICAS POR COVID-19

Por **Emilio Elías Romualdi**



**DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS EN EL TRABAJO... ¿UNA UTOPIÍA?**

Por **Carla Saad**



**CONSTITUCIÓN NACIONAL Y FUERZAS DE SEGURIDAD: LA FÉRREA NEGACIÓN DE LA C.S.J.N. A LA SINDICALIZACIÓN DE SUS INTEGRANTES**  
Por **Marcelo J. Salomón**



**NUEVOS PARADIGMAS SOBRE LA IGUALDAD DE TRATO Y CONDUCTAS INACEPTABLES EN LA RELACIÓN LABORAL**

Por **Osvaldo Mario Samuel**



**LA VIRTUALIDAD DE LA AUDIENCIA DE VISTA DE LA CAUSA EN EL FUERO LABORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA**

Por **Javier Santanoceto**



**¿QUIÉNES SON LOS DOCENTES DISPENSADOS DE DICTAR CLASES PRESENCIALES EN CÓRDOBA EN 2021 EN LOS NIVELES INICIAL, PRIMARIO, SECUNDARIO Y Terciario NO UNIVERSITARIO Y QUIÉNES NO?**

Por **Ricardo Francisco Seco**



**EL CONVENIO 190 OIT Y EL CAMINO HACIA LA IGUALDAD DE GÉNERO**

Por **Eleonora Slavin**



## EL GÉNERO EN EL DERECHO Y EL TRABAJO

Por **María Fabiana Sosa**



## EL LABERINTO DEL COVID 19

Por **Carlos A. Toselli**