



**POR CARLOS A. TOSELLI**  
**PRESIDENTE**  
**A.A.D.T. Y S.S. CÓRDOBA**

## Tiempos difíciles

Como anticipábamos en la Editorial de la Revista anterior, la tan mentada y temida crisis ha llegado y lo ha hecho para quedarse, golpeando como siempre a los sectores asalariados y a quienes se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad por su situación laboral o por la escasez de sus ingresos, en especial en el sector informal o por gozar o padecer de jubilaciones mínimas, que cada día son más mínimas ante el avance inflacionario.

No somos economistas, ni es tampoco nuestra función realizar análisis de tal tenor, pero no resulta posible ignorar que los despidos que se están produciendo, los recortes a actividades tan caras al sentir argentino como es la universidad pública y la pérdida de la confrontación entre paritaria versus inflación está generando un fuerte malhumor social y una importante restricción de gastos, que en forma espiralada comienza a afectar seriamente la economía de los argentinos.

En ese contexto parecería que la receta sería soportar y sufrir para tener tiempos mejores y más venturosos por delante. Ya la Corte Nacional en el año 2.004 en el precedente "Vizzoti" se encargó de recordarnos que el supuesto derrame de bienestar que generaría la restricción de derechos laborales y de la seguridad social en un futuro no tan lejano, era un dato no constatado en la realidad, pero que, además de ello, privilegiar la ecuación económica por sobre el hombre que trabaja, implicaba invertir la legalidad que nos rige como nación civilizada.

Lamentablemente nuestro país de política pendular extrema y de mala memoria de experiencias pasadas tiene nuevamente una dura realidad que enfrentar tanto a nivel macroeconómico como en el día a día que los ciudadanos de a pie, deben afrontar para poder llevar sustento alimentario a sus familias y sobrellevar los cada vez más asfixiantes gastos básicos imprescindibles que afectan a la canasta básica mensual.

Bajo esa realidad y a pesar de la misma, nuestra Asociación ha seguido y seguirá bregando por la capacitación de sus asociados como la manera más eficiente para sobrellevar los tiempos difíciles que nos tocan padecer.- Es por eso que hemos organizado las XVII Jornadas del Centro de la República y el X Concurso de Premios a Ponencias en Derecho del Trabajo, ambos eventos, ya tradicionales en nuestra provincia y que en esta ocasión se llevarán adelante el día viernes 28 de setiembre en la Delegación Sudeste de nuestra Asociación en la ciudad de Villa María, tocando temas tan atrayentes y relevantes como las propuestas de reforma procesal, los daños derivados del despido inmotivado y el proyecto de reforma sustancial y la siempre necesaria recapitulación sobre la temática de riesgos del trabajo.

Igualmente dentro de los eventos académicos hemos decidido darle continuidad al II Seminario de Derecho del Trabajo de Traslasierra a realizarse los días 7 y 8 de diciembre próximo en la localidad de Villa Dolores y con una temática más enfocada al Derecho Colectivo y bajo el lema "Los Dilemas de la Sociedad del Trabajo".

Es también intención de los integrantes de la Comisión Directiva poder encausar como todos los años lo hemos hecho, la tradicional fiesta del Fuero del Trabajo, para lo cual estamos trabajando de manera intensa y con todo el entusiasmo que implica poder realizar un evento de alegría compartida y festejo necesario en una celebración cercana al Fin de Año.

En el ámbito internacional, en el Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizado del 3 al 6 de Setiembre en la ciudad de Turín, Italia, la Sociedad Internacional del Trabajo, a pesar de la situación que estamos viviendo ha ratificado la designación de nuestro país como sede del XI Congreso Regional Americano, a realizarse en la ciudad de Córdoba, en el mes de setiembre de 2.019, lo que como ya hemos señalado en anteriores editoriales representa el desafío de mayor entidad de nuestra Asociación de los últimos quince años.

Queda mucho por hacer, mucho por construir, sin dudas también muchas dificultades se cruzarán en el camino, pero las mismas no han hecho mella en nuestro ánimo ni en nuestro espíritu en otros arduos momentos de la vida de nuestra Asociación.- Es nuestro compromiso el seguir bregando con el mismo entusiasmo que siempre nos ha caracterizado, en la defensa de los dogmas y principios del Derecho Laboral y en la capacitación académica como respuesta a las dificultades que enfrentamos.- Si bien la lucha es dura y compleja, también representa un aliciente que nuestra Asociación pueda ser uno de los hitos que nos permita emerger como un faro de esperanza en ese resurgir que tanto anhelamos.

*Carlos A. Toselli*



Asociación Argentina de Derecho  
del Trabajo y Seguridad Social - CÓRDOBA

**Carlos Alberto Toselli<sup>1</sup>**

# **LOS AVATARES DE LA LEY**

## **27.348**

Y su adhesión  
Cordobesa  
por la Ley  
10.456

---

<sup>1</sup> Presidente de la Asociación Argentina de Derecho el Trabajo y la Seguridad Social, Córdoba, ex Vocal de la Cámara Unica del Trabajo de Córdoba, Docente Universitario de grado y Postgrado, Director de la Revista Temas de Derecho Laboral de Editorial Erreius.

## I. INTRODUCCIÓN

Un año y medio ha transcurrido desde la sanción de la ley 27.348 que con el curioso título de “Ley complementaria de la Ley sobre Riesgos del Trabajo” volvió a incursionar en lo que fuera uno de los pilares centrales de la reforma de la originaria ley 24.557, es decir la obligatoriedad de la determinación administrativa del daño a través de las Comisiones Médicas locales, llamadas pomposamente jurisdiccionales.

El objeto de análisis de este trabajo será justamente comenzar a visualizar qué es lo que ha ocurrido con ese nuevo intento de limitar el acceso a la jurisdicción y con esta novedosa invitación a la adhesiones provinciales contemplada en la nueva norma, a fin de que las mismas cedieran sus competencias propias para que fuera dicho organismo federal, el que determinara en forma previa, obligatoria y excluyente de toda otra intervención administrativa o judicial, la existencia o no de incapacidad laboral, el carácter profesional de la enfermedad o la naturaleza laboral del accidente denunciado, fijara el grado de incapacidad, en su caso celebrara la audiencia de acuerdo y logrado el mismo lo homologara con carácter de cosa juzgada y cierre definitivo de la posibilidad de ulterior reclamo.- Naturalmente que si no se llega a ese acuerdo, luego del acto administrativo pertinente emanado del Titular del Servicio de Homologación, cuestionando los actos previos por vía recursiva, conforme al texto nacional se podría activar la revisión judicial, a tenor de los procedimientos estipulados por las Resoluciones SRT 298/17 y 899 E/17.

## II. LO QUE HA OCURRIDO HASTA AHORA

### A) EN EL ORDEN NACIONAL:

Como señalara el propio texto normativo, las posibilidades de cuestionamiento al dictamen de las Comisiones Médicas en el orden nacional quedaron acotados a recursos en relación y con efecto suspensivo, salvo en dos hipótesis de muy escasa posibilidad de aplicabilidad como son la acción de agravamiento, conforme al texto expresado por el art. 45 de la Resolución SRT 298/17 (que en los hechos implica un nuevo siniestro que afectara a un órgano al cual ya se le había fijado incapacidad con anterioridad) o el reconocimiento como enfermedad profesional de una patología no listada, luego de haber seguido el procedimiento fijado por los decretos 1278/00 y su reglamentario 410/01 (y cuyos reconocimientos se cuentan con los dedos de una mano).

Es por ello que no dejó de sorprender el dictamen emanado por quien fuera hasta hace muy poco el

Fiscal General de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Dr. Eduardo Álvarez en la causa “Burghi”<sup>2</sup> al sostener que lo trascendente para la validez de todo sistema, consiste en la consagración de una revisión judicial eficaz, para luego agregar que “la norma que nos reúne establece un régimen algo parco y barroco, que, a opción del trabajador, permite insistir (cuestionando el dictamen de) la Comisión Médica local ante el Juez del Trabajo”. Concluye en su dictamen señalando que “se ha elegido la terminología ‘recurso’ y nada indica que éste no deba ser pleno, con la posibilidad de un proceso de cognición intenso y la producción de prueba... La posible laguna actual acerca del proceso judicial concreto ulterior, deberá ser conjurada por los magistrados y en esa inteligencia se parte de la premisa del ejercicio de potestades instructorias de ser necesarias y de celo en la bilateralidad y el derecho de defensa”.

Del texto de la ley 27.348 no se desprende esa posibilidad de revisión amplia, ni de producción de nueva prueba, ni mucho menos que los jueces constaran con facultades instructorias, con lo que lo señalado en el aludido dictamen no pasa de ser un párrafo de buenas intenciones, pero alejado del propio texto legal y del funcionamiento real de las Comisiones Médicas.

No es objeto de este análisis, que pretende ceñirse más a la problemática provincial, pero de dicho dictamen salieron dos líneas de pronunciamientos judiciales en la CNAT, las que adhirieron al mismo y declararon la constitucionalidad de la norma (Salas I, II y IV) y las que por el contrario con diversos fundamentos atacaron la constitucionalidad del aludido trámite administrativo previo (Salas III, VI, VII y IX) incluyéndose en este último grupo a la Sala X, que si bien admite la constitucionalidad de la instancia previa, luego cuestiona severamente la Resolución SRT 298/17, la declara inconstitucional y en un extraño giro jurídico en función de ello, habilita en forma directa la acción judicial.

### B) LAS OTRAS PROVINCIAS:

Luego de muchas discusiones y numerosas sesiones frustradas, finalmente la Provincia de Buenos Aires mediante la ley 14.997 adhirió lisa y llanamente, sin ningún tipo de condicionamiento a la ley nacional.- También han adherido sujeto a la implementación de Comisiones Médicas en cada jurisdicción la Provincia de Mendoza (ley 9017), la Provincia de Tierra del Fuego (ley 1199), cuya vigencia operó a los 20 días de la promulgación de la ley, la Provincia de Entre Ríos (ley 10.532) y existe otro número considerable de jurisdicciones provinciales que si bien han adherido han dejado sujeta su vigencia a la celebración de convenios con la SRT, razón por lo cual en dichas jurisdicciones no puede considerarse vigente al menos hasta la fecha de redacción de este trabajo (Río Negro, ley 5253; Corrientes ley 6429; Salta ley 8086; Jujuy ley 6056; Formosa ley 1664 y San Juan ley 1709).

<sup>2</sup> Dictamen 72.879 de fecha 12 de Julio de 2.017 en autos: “Burghi Florencia Victoria c/ Swiss Medical ART S.A. s/ Accidente – Ley Especial”





### **C) LA PROVINCIA DE CÓRDOBA:**

Nuestra provincia mediante la ley 10.456 y la celebración del Convenio 83/17 celebrado con la SRT, ha sido quien ha puesto en vigencia efectiva la maquinaria prevista por la normativa nacional con las adecuaciones de procedimiento, que como ya se señalara han sido establecidas por las Resoluciones SRT 298/17 y 899 E/17, pero con las modificaciones procesales dispuestas por la ley de adhesión, con una variopinta alteración de aspectos centrales de la normativa de la ley 27.348, lo que ha motivado que se llamara “adhesión a la cordobesa” al acto legislativo que dio curso provincial a la referida norma nacional.

## **III. LOS ASPECTOS CENTRALES DE DICHA ADHESIÓN LOCAL:**

### **A) ¿ES POSIBLE LA ADHESIÓN DEL MODO EN QUE SE HIZO?.**

Si bien en general las voces jurídicas que han opinado sobre el tema (y más allá de la constitucionalidad o no de la delegación de facultades constitucionales provinciales por vía legal, en lugar de hacerlo mediante reforma constitucional de la Carta Magna local) se interrogan acerca de si resulta viable adherir del modo en qué se hizo en Córdoba. ¿Qué significa este interrogante? Que para algunos autores, esta solución intermedia no era viable, debiendo por el contrario hacerse como se hizo en la Provincia de Buenos Aires, es decir adhesión lisa y llana, en todo caso condicionada a la creación de un mayor número de comisiones médicas (como en Mendoza) pero nunca modificando la naturaleza recursiva (por vía de acción), ni el carácter del recurso (devolutivo, en lugar de suspensivo, en las dos hipótesis más recurrentes de cuestionamiento por parte de las ART) ni tampoco el plazo para recurrir (de quince días hábiles administrativos a cuarenta y cinco días hábiles judiciales). Lo real es que quien podría haberse sentido afectado por esas modificaciones, es decir la Superintendencia

de Riesgos del Trabajo, nada cuestionó y además esencialmente suscribió el convenio 83/17 con el gobierno provincial por lo que dicha norma entró en vigencia en el ámbito de nuestra jurisdicción el día 15 de setiembre de 2017.

### **B) COMO SE SEÑALARA SUPRA,**

un aspecto de importancia trascendental ha sido el hecho de que, técnicamente se sigue adhiriendo a una intervención previa de un organismo federal para habilitar la vía judicial local, lo cual sigue sin salvar el obstáculo señalado por la propia Corte Suprema de Justicia, en el caso “Obregón” que a diferencia de lo sustentado por el Dr. Eduardo Álvarez, sí discutió de manera precisa el acceso a la jurisdicción provincial. Tal como se señala en el voto de mayoría de los Dres. Marionsini y Zunino<sup>3</sup>, no se advierte que haya habido una variación de la jurisprudencia de los máximos tribunales (nacionales y/o provinciales) como para modificar el criterio que venía siendo sustentado, teniendo presente que siempre bajo el imperio de la ley 24.557 y sus reformas (por ley, decreto o resoluciones administrativas de la SRT) ese trámite tenía carácter previo obligatorio y había sido incumplido y descartado por vía de pronunciamientos judiciales. Es relevante recordar que en nuestra provincia y que con la muletilla de “las declaraciones de inconstitucionalidad de numerosas normas de la LRT” el TSJ sostuvo la innecesariedad de apelar en el tiempo previsto por el trámite administrativo, y en segunda instancia descalificó directamente la obligatoriedad de apelar, manteniendo el plazo para accionar en el término legal de prescripción, ulteriormente desestimó que el planteo recursivo debiera contener una crítica concreta y razonada del dictamen de Comisión Médica y por último aclaró que el abandono de la instancia administrativa sin conclusión de trámite no era óbice para la habilitación de la instancia ulterior provincial de cuestionamiento del accionar de las ART y de la propia Comisión Médica Local.

### **C) SIN EMBARGO,**

la totalidad de los Juzgados de Conciliación de Capital, al igual que los de Río Cuarto y las Cámaras de Trabajo (con excepción del pronunciamiento de

3 A.I. N° 69. 12-4-2018 Sala IV, autos: “QUINTEROS JUAN PABLO C/ PREVENCIÓN ART. S.A. – Ordinario – accidente in itinere”

Sala IV, ya referenciado) de ambas circunscripciones judiciales han sostenido la constitucionalidad de la exigencia de la ley 27.348 con el argumento de la existencia de un nuevo escenario<sup>4</sup>, sin entrar a verificar si la delegación de competencias constitucionalmente es viable (salvo algún pronunciamiento de los tribunales riocuartenses<sup>5</sup>), incluso llegando a sostener que no corresponde a los tribunales juzgar el mérito, conveniencia y oportunidad de las decisiones legislativas (criterio que no compartimos y que creíamos había sido definitivamente descartado, en función del precedente “Vizzoti”. El argumento más utilizado ha sido el de que no demuestra el trabajador reclamante el agravio que el transitar por Comisión Médica le ocasiona, habida cuenta de la revisión amplia que prescribe la ley 10.456, con lo que una declaración de inconstitucionalidad en tal sentido, sería una declaración en abstracto<sup>6</sup>.

## IV. LAS CONSECUENCIAS DE DICHA ADHESIÓN EN LA FAZ PROCESAL

No es objeto de discusión que las disposiciones procesales de las nuevas leyes resultan de aplicación inmediata a las causas pendientes de resolución, aun cuando hubieran sido promovidas al amparo de la normativa anterior. En ese sentido es ilustrativo el precedente de la CSJN en autos: “Urquiza”<sup>7</sup> y sus remisiones a pronunciamientos desde antaño. Delimitado ese aspecto habrá de verificarse cómo ello ha afectado a las causas que se tramitan en esta jurisdicción cordobesa:

### A) CERTIFICADO MÉDICO DE INICIACIÓN DE TRÁMITE:

La vigencia de la ley 10.456 trajo como consecuencia la modificación del texto del art. 46 de la ley 7987 en cuanto a los requisitos de admisibilidad de la acción en demandas al amparo de la normativa de riesgos del trabajo, exigiendo que el certificado médico que debía ser acompañado debía ajustarse a los nuevos requerimientos, esencialmente el que el galeno del trabajador expresara cuáles eran las razones médicas para apartarse del dictamen de la Comisión Médica local. Ello se ha aplicado aún a casos iniciados con anterioridad al 15 de setiembre de 2017, en la medida que no hubiera tenido lugar todavía la audiencia de conciliación, intimándose a la agregación de un nuevo certificado médico que cumpliera tal requerimiento.

4 Juzgado de Conciliación de Río Cuarto, Decreto de fecha 8-2-2018, autos: “Bari, Carina Regina c/ Prevención Art S.A. – Ordinario - Incapacidad”

5 Cámara del Trabajo Río Cuarto, A.I. 66, de fecha 6-6-2018, Autos: “ROSALES SIMÓN ALBERTO C/ QBE ART. S.A. (hoy Experta ART S.A.) Ordinario -

6 Juzgado de Conciliación de 6ta. Nominación, A.I. 340 de fecha 3 de octubre de 2017, autos: “BASUALDO CARINA ALEJANDRA C/ PREVENCIÓN ART S.A. – Ordinario”

7 CSJN, sentencia de fecha 11 de diciembre de 2014, autos: “URQUIZA, Juan Carlos c/ Provincia ART S.A. s/ Daños y Perjuicios – Accidente de trabajo”





Los pronunciamientos judiciales de los juzgados de conciliación en tal sentido, han merecido la ratificación de las Salas de la Cámara del Trabajo llamadas a actuar para dirimir tal contienda por vía de apelación<sup>8</sup>.

## B) EL TEMA DE LA CADUCIDAD PARA ACCIONAR.

Este ha sido sin duda el aspecto más controversial de la aplicación de la aludida disposición procesal.

En efecto la nueva norma señala que el plazo para accionar es de 45 días luego de concluida la instancia ante las Comisiones Médicas, bajo apercibimiento de caducidad.

Si bien puede discutirse la incorporación de una instancia de caducidad pre judicial al proceso laboral que afecta la viabilidad de la acción, que cuenta con un plazo mucho más extenso para interponerse, en atención al plazo prescriptivo, el punto más álgido radica en la pretensión de aplicación a las causas que habían tenido dictamen médico con antelación al 15 de setiembre de 2.017 y que a la fecha de dicha resolución administrativa contaban con dos años de plazo para reclamar.

En una interpretación que, con el mayor de los respetos que me merecen los Magistrados que la han dictado, creo que es esencialmente equivocada, consideran que el plazo de caducidad debe computarse desde el aludido 15 de setiembre de 2.017 y en los hechos, ello implica la desestimación de oficio de las acciones incoadas en este año 2.018 sosteniendo que las mismas se encuentran caducas<sup>9</sup>.-

El primer y fundamental interrogante que se me plantea, es cuál es el acto administrativo de agotamiento de la instancia previa. Y en ese sentido parecería no haber discusión alguna respecto de que es la Resolución dictada por el titular del Servicio de Homologación (en el caso de la Provincia de Córdoba, de naturaleza bifronte y suscripto por dos funcionarios, uno del P.E. provincial y otro de la SRT conforme convenio 83/17).

Si en este aspecto hay consenso, no se advierte cómo es que los Magistrados que comparten el criterio de la caducidad, habilitan la acción judicial, ya que las demandas presentadas con posterioridad al 15-9-2017, pero únicamente con dictamen médico anterior a esa fecha, cuestionado judicialmente, no cuentan con tal instrumento, que conforme la reforma al art. 46 de la ley 7987, ahora es requisito esencial. Una correcta hermenéutica, en mi modesto entender, de dichas situaciones anteriores, implicaría que el Tribunal debería exigir que previamente se cumplimente dicho trámite y ahí sí, una vez realizado el mismo, comenzar con el cómputo del plazo de caducidad. De lo contrario es habilitar la acción, para matarla, lo que parece contrario a los principios

<sup>8</sup> A.I. 584 de fecha 4-12-2017, Sala VII de la Cámara del Trabajo de Córdoba, Autos: "DÍAZ FERNANDO RUBEN C/ LA SEGUNDA ART S.A. – Recurso Directo"

<sup>9</sup> A.I. Nro. 55 de fecha 17-5-2018, Cámara del Trabajo de Río Cuarto, Autos: "Pérez, Hugo Jesús c/ Asociart S.A. – Ordinario- Incapacidad"

esenciales del Derecho sustancial del trabajo, que requieren que a la hora de analizar los conflictos los Magistrados se inclinen por aquella interpretación que resulte más favorable a la pretensión del trabajador (art. 9 LCT, principio de favor o protectorio), como un principio general esencial a la naturaleza de los reclamos de este fuero.

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

El renacimiento del trámite administrativo previo, prejudicial y excluyente, no ha venido siendo receptado pacíficamente en el país.

Varias jurisdicciones lo han estado cuestionando, desde la misma Justicia Nacional del Trabajo, tanto en primera como en 2da. Instancia, como otras jurisdicciones que han dictado resoluciones al respecto (Provincia de Buenos Aires y de Entre Ríos y en algún caso aislado de la Provincia de Mendoza).

Sin embargo, en la Provincia de Córdoba, por decisión mayoritaria, aunque sin consenso real de los operadores jurídicos, el trámite previo parecería que va a terminar imponiéndose, aunque bueno es tener presente que ni remotamente se está cumpliendo con la celeridad que se había expresado al momento del debate parlamentario. Los sesenta días hábiles administrativos, en gran parte de los casos representan una utopía y conforman una irracionalidad más en el laberinto que es hoy tratar de lograr una justa reparación de la salud dañada del trabajador argentino.





Ricardo León Chércoles<sup>1</sup>

# DESAFÍOS

para el Derecho del Trabajo  
en Latinoamérica: desde el

## “FUTURO DEL TRABAJO”

de la OIT hacia un Derecho del  
Trabajo “Multiparadigmático”



<sup>1</sup> Abogado laboralista. Curs. Especialización en Derecho del Trabajo y a Seguridad Social (U.N.C. – U del Litoral – U.C.C.). Miembro de la C.D. de la AADTSS-Cba. Editor general de la revista Catorce Bis de la AADTSS-Cba. Disertante y publicista. [ricardochercoles@estudiochercoles.com](mailto:ricardochercoles@estudiochercoles.com)

## I. INTRODUCCIÓN

Debido a diferentes factores económicos; sociales; políticos y culturales, la forma en que las personas llevan a cabo sus tareas o desarrollan sus actividades, ha sufrido importantes transformaciones con el correr de los años.

De este modo, y como resultado de un devenir histórico progresivo, gran parte de las típicas relaciones de trabajo que eran caracterizadas por su indeterminación en el tiempo, y en las cuales el trabajador cumplía una jornada de trabajo completa, encontrándose plenamente inserto en una organización empresarial ajena, con una marcada presencia de las notas de la dependencia, comenzaron a sufrir algunas modificaciones y a adquirir ciertos rasgos particulares.

Fue así que poco a poco fueron surgiendo nuevas formas de trabajo caracterizadas por el cumplimiento de labores fuera del establecimiento (incluso en forma remota), o por el desarrollo de tareas con el objetivo principal de lograr la capacitación del trabajador, o por la realización de trabajos eventuales, a tiempo parcial, a plazo fijo, en forma cooperativa, autónoma o en el marco de una tercerización productiva, como así también a través de agencias de colocación de personal o similares, entre muchas otras.

Por ello, a partir de la segunda mitad del siglo XX, el Derecho del Trabajo intentó adaptarse a las mentadas transformaciones procurando abarcar dentro de su regulación las citadas modalidades de prestación de tareas que poco a poco fueron apareciendo, así como los distintos modos de tercerización o descentralización productiva, y también algunos supuestos en los cuales las notas de la dependencia aparecían desdibujadas, y que por ello, se encontraban fuera del paraguas protectorio de su normativa.

Sin embargo, ya desde finales del siglo pasado y con mayor injerencia en nuestros días, nuevas realidades y factores más específicos tales como: demográficos (principalmente en lo que respecta al trabajo en mujeres, jóvenes y adultos mayores); migratorios; tecnológicos; globales; de oferta y demanda de trabajo; sumados a recientes formas de contratación; métodos de producción, distribución y consumo, entre otros, llevaron a la aparición de “formas atípicas de trabajo”<sup>2</sup>, así como recientes formas de tercerización y de negociación colectiva, que por su estructura, naturaleza o características, entre otras cuestiones, podrían escapar a la órbita regulatoria del actual Derecho del Trabajo.

2 La denominación de “atípica” pertenece a OIT y fue utilizada en su Programa de Iniciativa del Centenario Relativa al Futuro del Trabajo. Al respecto véase FENWICK Colin, KUCERA David, CURTIS Karen, LAPEYRE Frédéric, TCHAMI Guy, STAVRAKIS Costas, HUNTER David, y MARKADENT Philippe. Un futuro lleno de retos para las relaciones de trabajo: ¿Es momento de consolidar o de buscar alternativas?, en Tercera nota informativa del Programa de Iniciativa del Centenario Relativa al Futuro del Trabajo, publicado en el sitio web oficial de OIT. Año 2016

## II. EL FUTURO DEL TRABAJO DESDE LA ÓPTICA DE LA OIT

Lo expuesto ha llevado a la OIT, así como a diferentes organismos internacionales<sup>3</sup>, a preocuparse sobre el futuro del trabajo y a buscar respuestas a los diferentes interrogantes que surgen de las cuestiones planteadas, con el fin de contribuir a la justicia social en el mundo.<sup>4</sup>

En dicho marco y con tal objetivo, en la sesión plenaria de la 102ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (año 2013), la OIT presentó y propuso un programa titulado “La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo”, programa éste que fuera posteriormente ratificado en la 104ª Conferencia Internacional del Trabajo (año 2015) con el objetivo de comenzar un proceso de reflexión de gran alcance acerca del futuro del trabajo.

En aquella oportunidad se propusieron cuatro “conversaciones del centenario” como eje de los debates a realizarse hasta el cumplimiento del 100º aniversario de la OIT en el año 2019. Las cuatro conversaciones fueron: 1. trabajo y sociedad; 2. trabajo decente para todos; 3. la organización del trabajo y de la producción, y 4. la gobernanza del trabajo.

Luego, en el año 2016 la OIT lanzó diferentes notas informativas<sup>5</sup> a los fines de exponer un panorama general de las tendencias claves y problemas en las áreas temáticas seleccionadas como base del dialogo y de los debates en los planos nacional, regional y mundial en el marco de la iniciativa en cuestión. Las citadas notas versaban sobre el impacto de los cambios tecnológicos, las dinámicas demográficas, la globalización y la cooperación en el Derecho del Trabajo, así como la conveniencia de su renovación integral, entre otras cuestiones.

Luego, en el año 2017 la OIT estableció una comisión global de alto nivel sobre el futuro del trabajo para examinar los resultados de los diálogos nacionales y aportar otros comentarios que considerase necesarios, con el objetivo de que dicha comisión publicara un informe y recomendaciones en el transcurso del año 2018.

Por nuestra parte consideramos que la región Latinoamericana no escapa a las tendencias y pro-

3 TREU, Tiziano. Call for papers XXII Congreso mundial de la SIDTSS Turín 4-7 de 2018. Transformaciones del trabajo: desafíos para los sistemas nacionales de derecho del trabajo y la seguridad social, Turín, 6 de noviembre de 2017.

4 GLUY, Rider. Memoria del Director General. Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo 104ª reunión, año 2015. Informe I, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza. ISBN: 978-92-2-328997-3 (impreso), ISBN: 978-92-2-328998-0 (web pdf), ISSN: 0251-3226.

5 Véase NÜBLER Irmgard, Los cambios tecnológicos y el trabajo en el futuro: Cómo lograr que la tecnología beneficie a todos. Primera nota informativa del Programa de Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo. OIT, Año 2016. También KUPITSCH Christiane, AMARA Uma, SCHMIDT Dorothea, ADDATI Laura, COMYN Paul, ESIM Simel, y WALS Kieran, El futuro de la oferta de mano de obra: Datos demográficos, migración y trabajo no remunerado, en Segunda nota informativa del Programa de Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo. OIT, Año 2016. Además FENWICK Colin, Ob. Cit. Además BEHRENDT Christina, ORTIZ Isabel, JULIEN Emmanuel, GHELLAB Youcef, HAYTER Susan, y BONNET Florence. El contrato social y el futuro del trabajo. Desigualdad, seguridad de los ingresos, relaciones laborales y dialogo social. Cuarta nota informativa del Programa de Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo. OIT, Año 2016. Y por último ESIM, Simel, KATAJAMAKI, Walteri y TCHAMI, Guy. La cooperación en un mundo del trabajo en transformación: Hacia un futuro cooperativo. Sexta nota informativa del Programa de Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo. OIT, Año 2017. Todos Publicados en el sitio web oficial de OIT.



blemas señalados en las notas informativas de la OIT, aunque como veremos más adelante, en la mentada región los citados problemas adoptan características particulares.

### III. LOS DESAFÍOS PARA EL DERECHO DEL TRABAJO EN AMÉRICA LATINA

#### A) LA ASIMILACIÓN DEL IMPACTO DE LAS TRANSFORMACIONES TECNOLÓGICAS

Uno de los inconvenientes que podrían traer aparejados los cambios tecnológicos está dado por la posible supresión, creación y/o transformación, así como por el probable desplazamiento y/o relocalización de puestos de trabajo, lo cual, podría también llevar a una mayor fragmentación del proceso productivo, y a la vez, traer aparejada una reubicación de personas en puestos de trabajo poco calificados en países desarrollados, así como una merma de empleo en países de remuneraciones bajas que no se encuentren en condiciones de acceder a la tecnología, tal como veremos sucede en algunos países de Latinoamérica.

Al respecto, y puntualmente a los fines de contrarrestar las citadas consecuencias disvaliosas derivadas del impacto de las transformaciones tecnológicas en el aspecto cualitativo del empleo, se dijo que serán clave el apoyo a las comunidades y a los trabajadores desplazados por los cambios tecnológicos (incluida la capacitación y el apoyo con ingresos para dicho colectivo de personas), así como también los incentivos para las empresas y la implementación de políticas de transformación productiva a los fines de promover la diversificación de productos y el aumento de las actividades de alta tecnología. Por ello, entre otras cuestiones, se concluyó que las nuevas tecnologías tendrán diferente impacto en los procesos de supresión, creación y transformación de puestos de trabajo de acuerdo con las mentadas medidas que cada país o región pudiera tomar.<sup>6</sup>

En referencia a la faz cuantitativa del impacto de las tecnologías en los puestos de trabajo, si bien el tema resulta sumamente complejo y ha generado arduos debates, el en informe referido en el párrafo prece-

dente, se ha brindado una primera aproximación en referencia a que, si bien el impacto primario de las innovaciones tecnológicas podría ser el de la supresión de puestos de trabajo, tales innovaciones también podrían impulsar nuevas actividades económicas que les son accesorias, complementarias, y necesarias para su funcionamiento, motivo por el cual, también se crearían puestos de trabajo en dichas áreas. Por tales razones, lo que en realidad se produciría no es una supresión de puestos de trabajo, sino una paulatina transformación de la manera en que las personas llevan a cabo sus labores o desarrollan sus actividades.

Ello nos lleva a otro de los problemas derivados de las mentadas transformaciones, el cual está constituido por la aparición de nuevas y *atípicas formas de labor* que pueden escapar a la normativa del Derecho del Trabajo imperante puesto que sus estructuras presentan algunas características que las dejarían fuera de la órbita regulatoria del citado derecho.

A modo de ejemplo, podemos señalar un fenómeno creciente en nuestros días, tal como es el trabajo desarrollado en el marco aplicaciones o plataformas digitales (v.gr: Uber), que entre otros inconvenientes presentan: 1. una deslocalización de la empresa, que a su vez conlleva a una evasión de responsabilidad fiscal (por lo menos respecto de la persona que brinda sus servicios), y a la consiguiente generación de riqueza pero sin garantizar su redistribución equitativa<sup>7</sup> y 2. una desprotección y ausencia de cobertura social de las personas llevan a cabo sus labores en tales contextos.

Los inconvenientes expuestos derivados de las *formas atípicas de labor*, que en parte derivan de la crisis de abarcabilidad en la que se encuentra inmerso el Derecho del Trabajo, están íntimamente relacionados con el tema que sigue a continuación.

#### B) LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTATAción DE LA DEPENDENCIA CLÁSICA COMO EXCLUSIVA CONDICIÓN DE TUTELA DEL TRABAJO POR CUENTA AJENA

Desde sus inicios, el Derecho del Trabajo tuvo como objetivo la regulación del trabajo por cuenta ajena a través de un modelo garantista y protector, construido sobre el paradigma de la subordinación, “des-

6 NÜBLER Irmgard, Idem.

7 SLADOQNA, Mónica, Centro de estudios metropolitanos (CEM), Economía colaborativa o changa vía APP -Gig Economía-, Serie de Ensayos N° 8, Marzo 2018, El tipo de trabajo al que se refiere es el que “conjugue un alto grado de autonomía, el pago por tarea y una relación a corto plazo entre empleado y empleador”.



de una visión fordista de las relaciones de trabajo... pensada a partir de un modelo industrial de producción en serie de bienes y de servicios... en el ámbito de un incipiente sector secundario de la economía (de industria o de la manufactura)". Asimismo, el mentado Derecho del Trabajo giraba en torno a "un paradigma contractual que servía de manera particular a aquel modo de producción y de ordenación del trabajo: un contrato bilateral, binario —dos partes—, a tiempo indeterminado, estable, con jornada preestablecida, y con salarios de ordinario fijados con antelación" con condiciones de trabajo normadas a partir de un intercambio bilateral o sinalagmático: salario —prestación de servicios, pero siempre delimitado por el criterio de la subordinación.<sup>8</sup>

El "modelo" de Derecho del Trabajo descrito en el párrafo precedente continúa sin grandes transformaciones estructurales hasta nuestros días. Es decir, la existencia simultánea de la dependencia económica, técnica y jurídica del trabajador hacia el empleador como elemento esencial y necesario para que el primero pudiera gozar de la protección de las normas que regulan el Derecho del Trabajo permanece, por lo menos desde la praxis, incólume en la actualidad.

Sin embargo, en la realidad que nos rodea, vemos cada vez un mayor número de relaciones o formas de trabajo en las cuales la subordinación o la dependencia desde dichas dimensiones se encuentran cuanto menos desdibujadas, lo cual, podría llevar a una desprotección de las personas que prestan sus tareas en tales contextos, tal lo que ocurre, como vimos, con algunas de las *formas atípicas de trabajo* como pueden ser: las "ocupaciones transitorias u ocupaciones por encargo" (v.gr: Uber), el trabajo "tecnológico calificado", el trabajo "no remunerado" que veremos más adelante, o el empleo ambiguo.<sup>9</sup>

Al respecto, el Derecho del Trabajo ha dado ya algunos pasos, por ejemplo, con la paulatina sustitución de la *constatación de las notas de la dependencia* económica, técnica y jurídica por la verificación de la *integración del trabajador a la empresa* (conforme la Recomendación 198 OIT sobre relación de trabajo), a los fines de determinar la existencia o no de relación laboral por cuenta ajena. Sin embargo, entendemos nosotros, el mentado cambio de constatación de indicios alcanza sólo a los fines de brindar tutela a algunas de las *formas atípicas de labor* dependiente que de otra forma hubieran quedado excluidas, pero no a todas.

Como posible solución a la cuestión planteada, también se ha ponderado la "*dependencia económica*" como criterio del contrato de trabajo en sustitución de la dependencia jurídica, lo cual además de brindar respuesta a la al problema de la abarcabilidad del derecho del Trabajo, "*simplificaría la legislación laboral, al mismo tiempo que permitiría indexar el grado de protección del trabajador a su dependencia*"<sup>10</sup>

8 VILLASMI, PRIETO, Humberto, Pasado y presente del Derecho Laboral Latinoamericano y las vicisitudes de la relación de trabajo, en Revista Latinoamericana de Derecho Social, Volumen 22, Junio de 2016, Pág. 220 a 245

9 FENWICK Colin, Ob. Cit

10 SUPIOT, Alain. El debate sobre la reforma del Código de Trabajo Francés: Cuando el derecho laboral es un "obstáculo", Publicado en Le Monde Diplomatique, Edición número 220, octubre de 2017, accedido el 05/12/17 del sitio web <http://www.eldiplo.org/archivo/220-la-ideologia-de-la-represion/cuando-el-derecho-laboral-es-un-obstaculo?token=&nID=1>

## C) LA REGULACIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO DESDE EL DERECHO DEL TRABAJO

Más allá de las formas de trabajo expuestas en el punto anterior, en las cuales la dependencia no surge con meridiana claridad y cuyos actores por ello podrían quedar fuera del alcance de la tutela que el Derecho del Trabajo pudiera brindarles, la estructura del actual Derecho Laboral deja también afuera del paraguas protectorio de su normativa, y en este caso sin ninguna posibilidad de ingresar a su esfera regulatoria tutelar, al trabajo autónomo.

Al respecto podemos señalar que, si bien cuando se pensó y construyó el Derecho del trabajo se hizo con la finalidad de brindar tutela sólo al trabajador subordinado o dependiente, en realidad, los diferentes Instrumentos Internacionales<sup>11</sup> así como algunas normas de derecho interno<sup>12</sup>, no se encuentran orientados a proteger exclusivamente dicha formas de labor, sino que protegen el derecho al trabajo sin diferenciar su forma de realización (dependiente o autónoma).

Más aún, otros Instrumentos Internacionales, como por ejemplo el párrafo 6to de la Observación General N° 18 del PIDESC, la Observación General N° 23 del año 2016 sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias del Comité de derechos económicos, sociales y culturales, la Recomendación 204 de OIT "La Transición de la economía informal a la economía formal" y/o la Recomendación N° 198 de la OIT, establecen expresamente la necesidad de protección de trabajo autónomo.

Lo expuesto adquiere significativa y creciente relevancia en la actualidad, y principalmente en regiones como la Latinoamericana<sup>13</sup>, en donde diferentes factores, aunque conforme se sostuvo desde OIT principalmente de naturaleza económica<sup>14</sup>, llevaron a gran parte de la población a recurrir a distintas formas de trabajo caracterizadas por la realización de labores con cierta independencia o autonomía, y además, en un contexto de vulnerabilidad y deficientes condiciones de labor, por lo que con mayor razón necesitan de la protección que el Derecho del Trabajo pudiera brindarles<sup>15</sup>, sin embargo, se encuentran excluidos de su tutela.

11 A modo de ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 23) y el PIDESC (art. 6to).

12 V.gr: art 14 bis Constitución Nacional Argentina, protege el trabajo "en sus diversas formas".

13 El empleo por cuenta propia creció a 0,7% en el año 2017 en América Latina, lo cual sugiere que la tendencia al deterioro de la calidad del empleo, medido por este indicador, se mantuvo en 2017. OIT, Panorama Laboral 2017 América Latina y El Caribe. Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe. Primera edición, año 2017, ISSN: 2305-0268 (versión impresa), ISSN: 2305-0276 (versión web pdf).

14 Informe V (1) de OIT, La Transición de la economía informal a la economía formal, Ob. Cit.

15 CHERCOLES, Ricardo Leon, La protección del trabajador autónomo vulnerable, en Revista de Derecho Laboral Actualidad, 2017-2, Editorial Rubinzal Culzoni, Director: José Daniel Machado, Subdirector: Cesar Arese, Bs As, Argentina. Pág. 235 a 251.



Como lineamiento hacia una solución a la cuestión, sostenemos que las precarias condiciones de labor en que desarrollan sus actividades gran parte de los trabajadores autónomos no significa que dichas formas de trabajo deban ser eliminadas o reguladas con miras a su transición e incorporación al colectivo de las típicas relaciones de trabajo formales dependiente, tal como podría sostenerse, sino que el objetivo del Derecho del Trabajo debe radicar en lograr que las mentadas formas de realización de tareas o desarrollo de actividades, sean reguladas por la normativa laboral con miras a alcanzar una base de derechos mínimos y los *estándares del trabajo decente*<sup>16</sup>.

vertiginosidad de las transformaciones tecnológicas en el mundo del trabajo y particularmente en la forma en que las personas llevan a cabo sus tareas o desarrollan sus actividades, se presentan, como vimos, también en un contexto mundial de gran desigualdad y exclusión social, lo que ha llevado, entre otras causas a un *incremento del trabajo autónomo*<sup>17</sup> que en gran parte se desarrolla en el marco de la *economía social solidaria* y específicamente en el sector cooperativo, con *datos macroeconómicos de significativa relevancia*<sup>18</sup>.

América Latina no es la excepción, sino que por el contrario, presenta altos índices de trabajo asociado, cooperativo o autogestionario, tal como vemos en el cuadro que continuación se expone<sup>19</sup>:

| PAÍS / SOCIOS   | Nº DE EMPLEOS EN ESS (Cooperat.) | PORCENTAJE DEL TOTAL DE EMPLEO | Nº DE SOCIOS EN LA ESS | PORCENTAJE DE TOTAL DE POBLACIÓN |
|-----------------|----------------------------------|--------------------------------|------------------------|----------------------------------|
| Argentina       | 256.064 (f)                      | 1,8 % (a)                      | 9.400.000 (f)          | 23,5 % (f)                       |
| Bolivia         | 32.323 (a)                       | 0,7 % (a)                      | 3.000.000 (a)          | 29,0 % (a)                       |
| Brasil          | 1.792.290 (a)                    | 1,8 % (a)                      | 8.200.000 (g)          | 4,4 % (g)                        |
| Chile           | 340.562 (a)                      | 1,8 % (a)                      | 1.748.000 (l)          | 7,4 % (a)                        |
| Colombia        | 750.229 (k)                      | 3,4 % (k)                      | 5.338.520 (a)          | 11,7 % (a)                       |
| Costa Rica      | 100.628 (a)                      | 5,2 % (a)                      | 887.335 (e)            | 21,0 % (e)                       |
| Cuba            | -----                            | -----                          | -----                  | -----                            |
| Ecuador         | -----                            | -----                          | 1.808.788 (a)          | 12,6 % (a)                       |
| El Salvador     | -----                            | -----                          | 464.556 (a)            | 7,5 % (a)                        |
| Guatemala       | 100.200 (i)                      | -----                          | 1.037.556 (i)          | 8,3 % (a)                        |
| Honduras        | -----                            | -----                          | 497.000 (n)            | 5,1 % (n)                        |
| México          | 4.864.448 (a)                    | 11 % (a)                       | 8.000.001 (a)          | 7,1 % (a)                        |
| Nicaragua       | 186.698 (ñ)                      | 10,8% (ñ)                      | 53.649 (ñ)             | -----                            |
| Paraguay        | 113.044 (c)                      | -----                          | 1.400.000 (c)          | 21,0 % (c)                       |
| Perú            | -----                            | -----                          | 775.391 (a)            | 2,6 % (a)                        |
| Uruguay         | 40.000 (h)                       | 4,3 % (a)                      | 1.900.000 (a)          | 55,5 % (a)                       |
| Venezuela       | 602.000 (b)                      | 4,6 % (b)                      | 2.003.121 (a)          | 6,6 % (a)                        |
| Rep. Dominicana | 38.200 (j)                       | -----                          | 921.000 (j)            | 23% (j)                          |
| Panamá          | -----                            | -----                          | 214.000 (p)            | -----                            |

## D) LA INCORPORACIÓN DEL TRABAJO COOPERATIVO A LA NORMATIVA LABORAL

Similar a lo que ocurre con el trabajo autónomo es lo que sucede con el trabajo cooperativo. La magnitud y

<sup>16</sup> Para determinar si el trabajo se encuentra dentro de los estándares del "trabajo decente" pueden utilizarse diferentes indicadores que resultan idóneos y que tienen se base en: la libertad sindical, la negociación colectiva, discriminación en el trabajo, el trabajo forzoso e infantil y cuestiones relativas a la seguridad social, condiciones de labor, empleo y remuneraciones

El Derecho del Trabajo, por su parte, no contempla ni brinda tutela al trabajo llevado a cabo o desarrollado en el marco de la *economía social*

<sup>17</sup> SLADOĞNA, Mónica, Ob Cit. En el trabajo citado se sostuvo que, en Estados Unidos y la Unión Europea, se estimaba que entre el 20 y el 30% de la población en edad de trabajar (lo que equivale a unos 162 millones de personas) trabajaban en forma autónoma, de los cuales el 30% había optado por este tipo de trabajos por necesidad

<sup>18</sup> ESIM, Simel, Ob Cit. Particularmente en el trabajo cooperativo, sorprenden algunos datos tales como que, a nivel mundial, intervienen 250 millones de personas en el trabajo mediante esta forma de trabajo solidaria, y las 300 cooperativas más importantes de 25 países obtuvieron un rendimiento equivalente a los 2.500 millones de dólares estadounidenses en 2015.

<sup>19</sup> Las fuentes de estadísticas correspondientes a cada letra entre paréntesis pueden ser consultadas en el correo electrónico del autor, ya que las citas de las mismas fueron eliminadas debido a la extensión que debía tener el presente trabajo.

*solidaria*, ni particularmente al empleo cooperativo o autogestionario que se desarrolla en dicho contexto, dejando a un sinnúmero de trabajadores sin la protección que pudieran requerir, más allá de la exigua tutela que puede brindar la regulación de dicha forma de labor en cada país.

Al igual que sucede con el trabajo autónomo, sostenemos que el objetivo del Derecho del Trabajo debe radicar en lograr que las mentadas formas de realización de tareas o desarrollo de actividades, sean reguladas por la normativa laboral con miras a alcanzar una base de derechos mínimos y los estándares del trabajo decente.

En este sentido, desde la OIT se ha dicho que las citadas formas de labor pueden contribuir a lograr los objetivos del Programa de Trabajo Decente debido a su potencial para la creación de empleo, el desarrollo equitativo y la protección social que generan<sup>20</sup>, pero en la medida en que se encuentren dentro de la economía informal, el objetivo deberá radicar en su formalización, tal como surge de diversos informes y Recomendaciones, si por el contrario ello no ocurriera, no sería posible lograr un desarrollo incluyente, ni la consecución de los objetivos del trabajo decente.<sup>21</sup>

## E) LA ASIMILACIÓN DE LAS DINÁMICAS DEMOGRÁFICAS Y EL TRABAJO NO REMUNERADO

Conforme se desprende de lo informado por la OIT, las cuestiones demográficas que atañen al Derecho del Trabajo se presentan en tres dimensiones: jóvenes, adultos mayores y mujeres. Respecto del primer grupo (jóvenes), entre otras cuestiones, se resaltó que existe mayor índice de desempleo que en adultos a nivel mundial, temática respecto de la cual se bosquejaron algunas soluciones<sup>22</sup>. En referencia al segundo grupo, entre otros aspectos, se puso relevancia en que la población que lo compone (mayores de 65 años) se incrementará de 8 a casi 14 % para el año 2040, lo cual supone una serie de interrogantes y retos respecto a la función del sistema de seguridad social en una sociedad que envejece. Por su parte, respecto al tercer grupo, se sostuvo entre otras consideraciones, que la impresión general de que la participación de las mujeres en el mercado de trabajo ha aumentado no se comprueba en muchos países en donde incluso ha disminuido, lo que en similar medida ha ocurrido con la calidad de los empleos para dicho colectivo.<sup>23</sup>

Si bien los inconvenientes derivados de la migración de trabajadores se presentan mayormente

---

20 FONTENEAU Bénédicte, Ob.Cit..

21 OIT: Conclusiones sobre el trabajo decente y la economía informal, Ob. Cit. Pág 10

22 La educación y capacitación de dichos colectivos de personas: la implementación de políticas macroeconómicas coordinadas y orientadas a transición de la escuela al mundo laboral: incentivos fiscales, reglamentos e infraestructura para empresas que operen en sectores con alto potencial de generar empleo para los jóvenes y el apoyo en la búsqueda de empleo para dicho colectivo de personas.

23 KUPTSCH Christiane, Ob. Cit.





en Europa, Latinoamérica no escapa a estas cuestiones, que se presentan principalmente entre los países desarrollados y en desarrollo de la región. Al respecto se destacó la proliferación mundial de *planes de migración laboral temporal con condiciones de admisión y permanencia más estrictas y menos favorables para los trabajadores menos calificados*, y el difícil acceso a la justicia por parte de dichos trabajadores, lo que podría llevar a un incremento la desigualdad mundial y el deterioro de las condiciones laborales y salariales en todos los sectores, incumpléndose además con los Convenios Internacionales 97 y 143 de la OIT.

En la misma nota informativa también se resaltó la importancia de la creación de demanda de trabajo “no remunerado”, principalmente respecto del cuidado familiar, que en el mundo está cubierta por los flujos de migración denominados “*cadena global de cuidados*”, en las cuales, para garantizar la reproducción social se recurre a mujeres migrantes como respuesta a la escasez de estos servicios en los países de ingresos altos, lo cual lleva a las mujeres en los países de ingresos bajos a dejar a sus propios hijos con familiares o personal doméstico —muchas veces otro migrante interno o extranjero— formando parte de esta cadena. Particularmente en referencia a este tema, se destacaron políticas necesarias a los fines de mejorar la protección de la maternidad y paternidad, así como la implementación de sistemas de protección social permitan lograr un equilibrio entre la presión de desempeñarse en un empleo remunerado y la importancia de las labores del cuidado y otros trabajos no remunerados.<sup>24</sup>

## F) LA FORMALIZACIÓN DEL TRABAJO INFORMAL

Otro de los desafíos para Derecho del Trabajo en general, y en particular para dicho derecho en Latinoamérica, está dado por formalización del “*trabajo informal*”, que en América Latina hacia el año 2014 alcanzaba a 130 millones de personas<sup>25</sup>, y hacia el año 2017 ascendía al 31,95% de la población ocupada, lo cual va de la mano con indicadores que sugieren un deterioro en la calidad del empleo, tales como una menor generación de empleos en el sector formal y asalariado que bajó de 65,3% en 2013, a 64,1% en 2015 y a 63,4% en 2016, y una mayor creación de empleos por cuenta propia que pasaron de 21,6% a 22,8% y 23,6% en los mismos años<sup>26</sup>.

El mencionado desafío puede ser logrado: mejorando las condiciones generales de trabajo a través de una inspección del trabajo eficiente, generando

empleo de calidad con políticas macroeconómicas y sectoriales para su promoción, brindando posibilidades de acceso a la financiación para grandes empresas y pequeños emprendedores y promoviendo el diálogo social, la lucha contra la discriminación, la extensión de protección social en el traspaso de la economía informal a la formal, generando estrategias de desarrollo local y cooperativo dentro de la economía social.<sup>27</sup>

## G) LA REGULACIÓN DE LAS NUEVAS FORMAS DE TERCERIZACIÓN

Como es sabido, nuevas realidades en las que se presentan distintos fenómenos políticos, económicos, sociales y culturales, de los que a su vez derivan nuevas formas de contratación, métodos de producción, distribución y consumo, sumados a las transformaciones tecnológicas principalmente en materia de transporte, información y comunicaciones, instauradas todas ellas sobre instituciones, acuerdos y regímenes de libre comercio, y sobre una base de un creciente neoliberalismo a escala global, han llevado, entre otras causas, a un significativo incremento de la tercerización, subcontratación, descentralización y/o externalización productiva.

Pero además, los factores señalados en el párrafo precedente, sumados a la expansión del trabajo autónomo formal, han llevado a la aparición de nuevas formas de tercerización, tal como sucede por ejemplo con la aparición y proliferación de agrupaciones de pequeñas empresas que actúan en red (v.gr. franquicias comerciales), o con el incremento de la externalización productiva de grandes empresas que contratan a trabajadores autónomos como “colaboradores” que se integran en sus sistemas productivos, todo lo cual adquiere una mayor dimensión en el sector de servicios.<sup>28</sup>

A lo expuesto hay que sumar la utilización por parte de las diferentes empresas de distintas figuras civiles o comerciales (algunas tomadas de modelos jurídicos anglosajones), a los fines de externalizar su producción (v.gr. bussines format franchising, product franchising, fideicomisos, uniones transitorias, redes de empresas, agencias de personal, triangulación con asociaciones o fundaciones, entre otras formas de *outsourcing* o tercerización), lo cual conlleva también a un incremento y a la aparición de nuevas formas de tercerización.

Por otro lado, en América Latina en particular, se presenta en nuestros días un fenómeno en el cual, con el principal objetivo de disminuir sus costos, tanto las distintas empresas del sector privado

24 KUPTSCH Christiane, Ob. Cit.

25 OIT, FORLAC (Programa de Promoción de la Formalización en América Latina y el Caribe). Notas sobre la formalización. Experiencias recientes de formalización en países de América Latina y el Caribe. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Año 2014.

26 OIT, Panorama Laboral 2017 América Latina y El Caribe. Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe. Primera edición, año 2017, ISSN: 2305-0268 (versión impresa), ISSN: 2305-0276 (versión web pdf)

27 Véase PEREZ FELICIONI, Ob. Cit

28 LOPEZ AUMADA, J. Eduardo, La delimitación flexible de los conceptos empresario individual y trabajador autónomo: las claves de la extensión del modelo de autoempleo, en Revista de Derecho Laboral, Actualidad., 2017-2, Director José Daniel Machado, subdirector, Cesar Arese, Editorial Rubinzal Culzoni, Bs As, Argentina, Año 2017, Pág. 303 y 304.

como el Estado tercerizan sus actividades utilizando para ello la mano de obra “barata” de los trabajadores de la *economía social*, de la *economía informal* o el trabajo autónomo o cooperativo precario. Incluso, lo hacen sustituyendo su mano de obra formal dependiente por la mano de obra “barata” de los trabajadores mencionados, contrario a las recomendaciones de la OIT<sup>29</sup>. Ello trae aparejado no sólo un incremento en la tercerización, sino también un aumento de la precarización del trabajo, que está dada por la exclusión de trabajadores de la tutela de las normas laborales (y de sus respectivos CCT), situación ésta que, entre otras cosas, constituye una fuerte preocupación por ejemplo para los *sindicatos internacionales*<sup>30</sup>.

Como vimos, el fenómeno de la tercerización crece y se renueva día a día, sin embargo, no es contemplado por el actual Derecho del trabajo. Y si bien algunos organismos internacionales han adoptado algunas recomendaciones que podrían servir como guía para enfrentar dicho fenómeno (v.gr: Recomendación 198 OIT), y algunos países de América Latina últimamente han legislado en la materia<sup>31</sup>, por nuestra parte sostenemos que el Derecho del Trabajo Latinoamericano actual no se encuentra preparado para afrontar con acabada solvencia las diferentes consecuencias negativas que las nuevas y crecientes formas de tercerización pueden acarrear.

Por otro lado, la regulación de las *nuevas formas de tercerización*, como vimos, constituye uno de los principales desafíos del Derecho del Trabajo en Latinoamérica. Algunos intentos de reforma en tal sentido se han llevado a cabo en algunos países de la citada región (v.gr: Chile, Perú, Uruguay, Ecuador y México legislaron recientemente sobre subcontratación o tercerización, con especial atención a las agencias privadas de colocación y a la cesión de trabajadores)<sup>32</sup>, aunque como vimos, ello no resulta suficiente para cubrir las nuevas formas de *outsourcing*, o de tercerización en empresas que actúan en red (v.gr: franquicias en sus diversos formatos), entre otras.

Al respecto se ha señalado la conveniencia de la distribución de responsabilidades en las redes empresariales, indexando responsabilidad a cada miembro de la red “*en función del grado real de autonomía que tiene... (lo cual)... Permitiría que, llegado el caso, las empresas dominantes sean solidariamente responsables de los daños causados por la organización del trabajo que ellas han diseñado y controlado*”.<sup>33</sup>

También destacamos, como aporte para una solución sobre la temática, el establecimiento de la responsabilidad de cada una de las empresas de la red, del grupo o de la cadena de tercerización, en base al beneficio que las mismas pudieran obtener.<sup>34</sup>

29 OIT, *La Transición de la economía informal a la economía formal*. Ob. Cit.

30 HOLDCROFT, Jenny, (*Federación Internacional de Trabajadores de las Industrias Metalúrgicas (FITIM)*). *La tendencia a la precarización del trabajo y sus consecuencias para la acción sindical*, citado en ARESE, Ob. Cit.

31 Chile, Ecuador, Perú, Uruguay y México. La inf. fue extraída de Villasmil Prieto, Ob. Cit. Pág. 220 a 245

32 VILLASMIL PRIETO, Humberto, Ob. Cit. Pág. 220 a 245

33 SUPLOT, Alain. Ob. Cit.

34 TOLEDO, Manoel Carlos (Ilho), *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2011, N° 13, Pág. 143-155, ISSN 1870-4670, UNAM, México.

## H) EL ESTABLECIMIENTO DE NUEVAS FORMAS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Desde otro costado, en algunos países de Latinoamérica, las actuales reformas en materia legislativa se encuentran orientadas a ponderar la negociación de trabajadores por empresa (v.gr: proyecto de reforma Argentina), o incluso la negociación individual (v.gr: reforma del trabajo en Brasil) por sobre la negociación colectiva por actividad o la legislación, lo cual entendemos, no guarda razonabilidad con los problemas de organización a nivel transnacional del trabajo.

En este aspecto, una herramienta que parece generar un avance en tal sentido está constituida por los acuerdos marco, celebrados entre las federaciones sindicales internacionales y las empresas transnacionales, que si bien presentan algunas dificultades de aplicación, pueden en alguna medida contribuir al progreso del dialogo social a gran escala.

Otra herramienta es la *negociación colectiva en las cadenas y redes de suministro y producción*<sup>35</sup>, las que pueden ser utilizadas como una manera de adaptarse a las nuevas formas de tercerización desde la faz colectiva.

## IV. REFLEXIONES Y CONSIDERACIONES FINALES

Como vimos, las transformaciones tecnológicas, así como diferentes factores económicos, demográficos, migratorios, globales; de oferta y demanda de trabajo; sumados a recientes formas de contratación; métodos de producción, distribución y consumo, entre otros motivos, llevaron a que el actual modelo de Derecho del Trabajo se encuentre sumergido en un estado de crisis.

Desde la doctrina se ha dicho que dicho estado se debe principalmente a una crisis de *abarcabilidad* por una parte y de *intensidad* por la otra, en donde el Derecho del Trabajo ve “*reducir horizontalmente el espacio de su regulación efectiva, esto es, el universo de las relaciones sociales que en realidad norma y, en sentido vertical, ve debilitada la eficacia de su tutela*”.<sup>36</sup>

Es que tal como ha sucedido a lo largo de la historia con anteriores revoluciones industriales, y tal como actualmente acontece con la revolución de la informática que florece sobre un sistema neo-

35 Tales negociaciones permitirían tener en cuenta los intereses específicos de los empresarios dependientes, que pueden unirse a los de sus asalariados en relación con las empresas de las que dependen. SUPLOT, Alain. Ob. Cit.

36 VILLASMIL PRIETO, Humberto, Ob. Cit. Pág. 220 a 245





liberal, de los cambios técnicos que se producen debe necesariamente derivar una reestructuración de las instituciones. De lo contrario, corremos el riesgo de que tales cambios nos lleven a formas agravadas de deshumanización laboral.<sup>37</sup>

A nuestro modo de ver, el Derecho del Trabajo en Latinoamérica, desde mediados y hasta fines del siglo pasado ha ampliado las fronteras de la dependencia y ha incorporado dentro de su normativa diferentes modalidades de prestación de tareas que se encontraban fuera de su tutela, así como también ha regulado distintas formas de tercerización productiva. Sin embargo, durante los últimos años, surgieron nuevas y atípicas formas de trabajo dependiente, así como nuevas formas de trabajo autónomo y cooperativo, cuyos actores difícilmente se encuentren protegidos por la actual normativa laboral. Por otro lado, tales formas de labor han experimentado un crecimiento tan vertiginoso que han llevado a una paulatina reducción cuantitativa relativa del espectro de las formas de trabajo actualmente tuteladas, lo cual, sumado a recientes formas de tercerización productiva no reguladas por las normas laborales, conllevan al estado de crisis señalado y justifican *per se* una profunda reforma del Derecho del Trabajo, principalmente a los fines de expandir e intensificar su espectro tutelar.

En este sentido, y tal como se sostuvo desde la OIT, podemos decir en cada país existe un contrato social, cuyo principal elemento estructural es el empleo, y cuya eficacia depende de cómo dicho contrato pueda adaptarse a la realidad económica, social y política de su tiempo.<sup>38</sup> En la actualidad, conforme se desprende del citado informe, la globalización; la financiarización; la tecnología; la informalidad y el deterioro de las instituciones del mercado laboral, entre otros factores, llevaron a que la desigualdad; la exclusión económica y social, el desempleo y el subempleo, alcanzaran niveles tan elevados que sin dudas resulta necesaria una renovación del mentado contrato, lo cual debe ser realizado a través de una transformación en su elemento estructural (el empleo).

Es por lo expuesto que consideramos que el Derecho del Trabajo, que funciona como regulador del empleo (y con ello también del citado contrato),

debe ser renovado integralmente, a los fines de regular las distintas formas de trabajo que actualmente se presentan en la realidad que nos rodea, a través de normas que eliminen las diferencias existentes entre los distintos tipos de relación de trabajo, y que incluyan nuevas garantías de seguridad en el empleo y nuevas formas de organización.<sup>39</sup>

Creemos que el Derecho del Trabajo se encuentra hoy en un punto de inflexión, pues dependerá de nosotros, los operadores jurídicos, que logre llevar al trabajo a alcanzar los estándares del trabajo decente, y a asegurar la dignidad de la persona humana, en un marco de adecuadas condiciones de labor, con una normativa integrada por los principios de progresividad, *pro homine*, de solidaridad, de justicia social, fraternidad, etc. a los fines de brindar una adecuada tutela a la persona que trabaja, en cualquier forma que lo hiciera.

Como vimos a lo largo del presente trabajo, la cruda realidad está presente ante nuestros ojos, pues el Derecho del Trabajo no puede seguir eludiéndola. Si bien América Latina ha crecido un 1,2% en el año 2017, dicho crecimiento no es suficiente<sup>40</sup> como para revertir las tendencias negativas en el conjunto de los indicadores laborales, tales como por ejemplo la tasa de desocupación, que en promedio en la región aumentó por tercer año consecutivo de 7,9% en el año 2016 a 8,4% al concluir el año 2017. En términos absolutos esta tasa equivale a unos 26,4 millones de desocupados en América Latina, dos millones más que en 2016. La tasa de desocupación juvenil también se incrementó del 18,9% en el año 2016 a 19,5% en el año 2017, es decir, por primera vez en la década, uno de cada cinco jóvenes que está buscando empleo no lo encuentra. El mentado crecimiento también es muy bajo<sup>41</sup> en comparación con el desarrollo experimentado en el resto del mundo.<sup>42</sup>

39 FENWICK Colin, Ob. Cit.

40 Tasas de crecimiento de 1,2% y de 2% son insuficientes para sacar a las poblaciones pobres de su situación de pobreza con suficiente celeridad. También son insuficientes para satisfacer y financiar las demandas y expectativas de las clases medias en términos de servicios de calidad y empleos de calidad. Y son insuficientes para hacer una diferencia contundente en cuanto a la informalidad y la calidad del empleo. OIT, Panorama Laboral 2017 América Latina y el Caribe, Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe. Primera edición, año 2017, ISSN: 2305-0268 (versión impresa), ISSN: 2305-0276 (versión web pdf).

41 El 1,2% de crecimiento económico en 2017 es un tercio del crecimiento de la economía mundial en ese mismo año (3,6%) y menos de un quinto del crecimiento de Asia (6,5%).

42 OIT, Panorama Laboral 2017 América Latina y el Caribe, Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe. Primera edición, año 2017, ISSN: 2305-0268 (versión impresa), ISSN: 2305-0276 (versión web pdf).

37 SUPLOT, Alain, Ob. Cit

38 BEHRENDT Christina, Ob. Cit.

La conclusión que se puede extraer de todos los informes internacionales a los que tuvimos acceso puede traducirse en claro un *incremento actual y proyectado* de los *indicadores macroeconómicos en Latinoamérica*<sup>43</sup>, mientras los indicadores específicamente laborales (cuantitativos y cualitativos) en la mencionada región disminuyen cada año, resultado: un evidente incremento de la brecha social, lo cual no dista de ser un fiel reflejo de las *reformas laborales en materia legislativa*<sup>44</sup> en la región analizada.

El Derecho del Trabajo no puede pretender que la realidad que nos rodea se adapte a su sistema normativo arcaico. Por el contrario, es el sistema normativo el que debe adaptarse a la realidad, para regularla y luego transformarla de acuerdo a sus objetivos.

Como vimos, el Derecho del Trabajo construido sobre el paradigma de la dependencia, a partir de un modelo *fordista* de producción de bienes y servicios en serie, cimentado sobre un contrato de trabajo rígido, bilateral y sinalagmático, con jornada de trabajo completa, a tiempo indeterminado y con prestación de servicios en forma continua e ininterrumpida ha quedado obsoleto, por lo menos para regular gran parte de las relaciones de trabajo y modalidades de contratación que la realidad actual nos presenta.

Es por ello que en América Latina hoy necesitamos un Derecho del Trabajo más integral, más inclusivo, y más humano, que abarque todas las formas de labor y las realidades del actual mundo del trabajo, desde diferentes paradigmas pero con un único sentido social, necesitamos un Derecho del Trabajo “multiparadigmático”.

---

43 Dicha región, por ejemplo, ha experimentado una tasa de crecimiento económico del 2,2% el último año (3,4% América Central y 0,7% América del Sur), y se espera que continúen creciendo (3,5% América Central y 2,0% América del Sur)

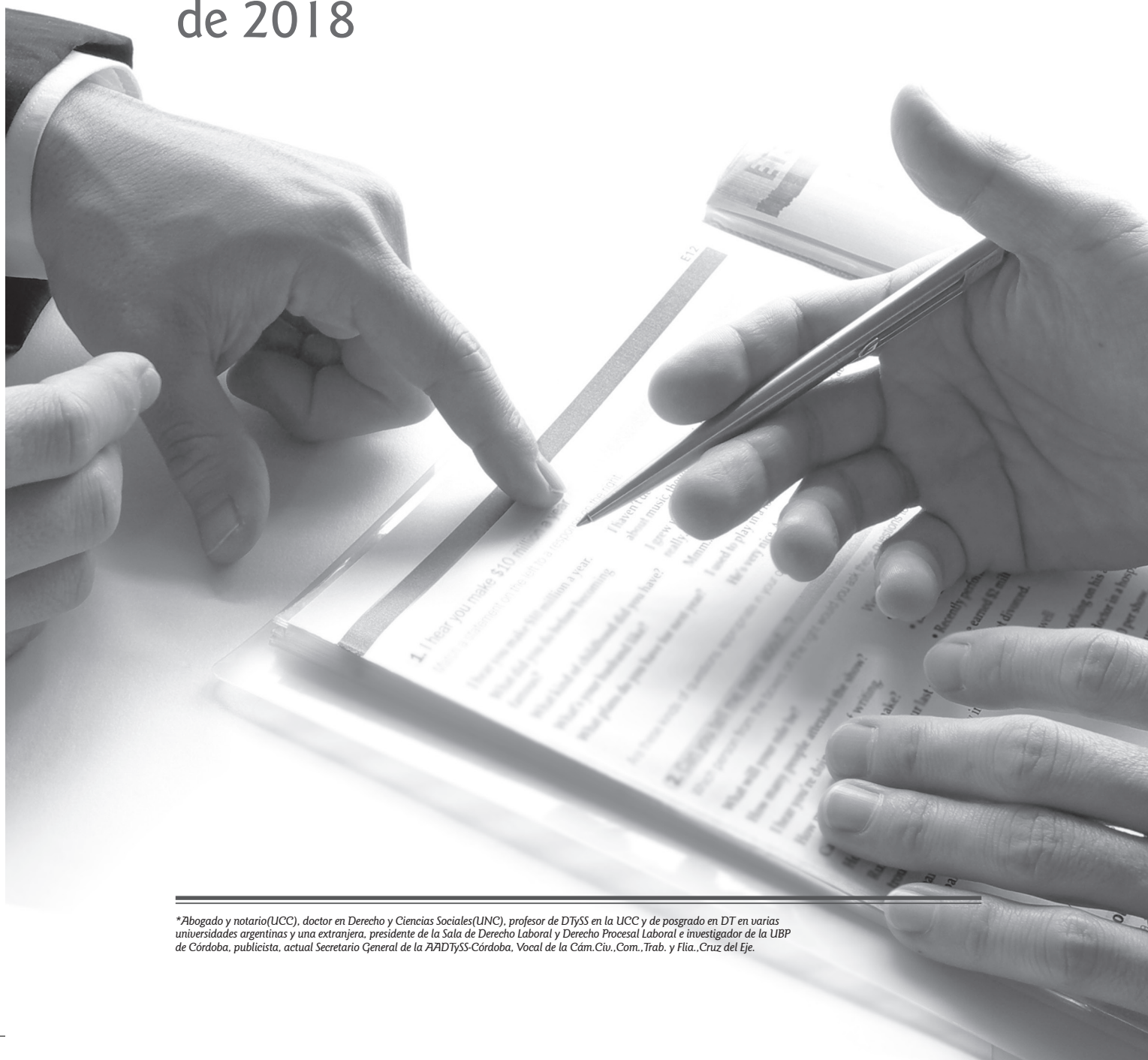
44 Vgr: Entre los países con más injerencia en las estadísticas laborales en la región: Brasil: Ley 13.467, Argentina: Proyectos de ley noviembre de 2017 y mayo 2018, México noviembre de 2012 y Proyectos de Ley diciembre 2017



Ricardo Francisco Seco (\*)

# EL FONDO DE CESE LABORAL

y la disminución de la indemnización  
del art. 245 de la LCT en el último  
proyecto de reforma laboral de abril  
de 2018



\*Abogado y notario(UCC), doctor en Derecho y Ciencias Sociales(UNC), profesor de DTySS en la UCC y de posgrado en DT en varias universidades argentinas y una extranjera, presidente de la Sala de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral e investigador de la UBPA de Córdoba, publicista, actual Secretario General de la ADTYS-Córdoba, Vocal de la Cám.Civ.,Com.,Trab. y Flia.,Cruz del Eje.



## I. INTRODUCCIÓN

### 1. ELECCIONES DE MEDIO TÉRMINO

Luego de las elecciones del 22 de octubre de 2017, que a nivel país ganó el oficialismo (“Cambiamos”), comenzó a circular un largo borrador de proyecto de ley de reforma laborales, comentado por los medios de comunicación orales y escritos y presentado por el Poder Ejecutivo Nacional a la Confederación General del Trabajo (CGT).

Con ello quedó reconocido su origen, mas no especificada la persona de sus autores. Contenía 12 títulos y 142 artículos y tenía un amplio alcance.

Los propósitos del proyecto, que se expresaban en el art.1º invocaban el art.75 inc.19 de la Constitución Nacional, el que impulsa el “desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores”. Consideraba como objetivo la “liberación de las fuerzas de la producción y el trabajo y fortalecer el diálogo social.”

Interpretaba “que el concepto de ‘trabajo’ en la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) debe entenderse en el marco de ‘la cooperación entre las partes’ y constituye un valor social compartido, generador de derechos recíprocos, y una regla esencial de ejecución del contrato” (art.2º). De tal modo, decía la doctrina especializada que “el Derecho del Trabajo nacido, criado, desarrollado y constitucionalizado para proteger a quién está bajo relación de dependencia jurídica, técnica y económica, es decir el más débil frente a quién organiza, dirige y puede liquidar esa relación (despido), se insinúa también como un derecho de colaboración entre partes casi iguales a la usanza de viejo derecho civil o común.”<sup>1</sup>

El anteproyecto propiciaba reformar el art.4º de la LCT e incorporaba un párrafo final que rezaba: “...La cooperación entre las partes para promover esa actividad productiva y creadora constituye un valor social compartido, generador de derechos y deberes recíprocos, y una regla esencial de ejecución del contrato.”

### 2. EL PROYECTO DE LEY DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2017

El sábado 18 de noviembre de 2017, con la firma del Jefe de Gabinete de Ministros y del Ministro de Trabajo, se envió un proyecto de reforma laboral que el Poder Ejecutivo Nacional propuso al Senado junto con el mensaje de elevación. Allí se dijo que “tiene por finalidad la adopción de un conjunto de medidas a implementarse en materia de regularización del empleo no registrado, lucha contra la evasión laboral, registración, modificaciones al marco normativo de las relaciones de trabajo, capacitación laboral continua, transición entre el sistema educativo formal y el

trabajo, fomento del empleo juvenil y entrenamiento laboral, y evaluación de tecnologías de salud.”

Hubo en él algunas modificaciones respecto del borrador antes citado, que había recibido muchas y profundas críticas de la doctrina. Por ello luego se omitió algunas propuestas que antes estaban.

Conocida es la deserción del apoyo cegetista a la reforma y las consecuencias de la reforma previsio-  
nal, aprobada en medio de serios incidentes sociales en diciembre de 2017.

El amplio proyecto de noviembre de 2017 con semejantes alcances estaba destinado al fracaso legislativo. Pero hoy no ha perdido estado legislativo.

### 3. LOS PROYECTOS DEL 27 DE ABRIL DE 2018

a) El 27 de abril de 2018 a la noche los senadores de Cambiamos Federico Pinedo, Alfredo Juan De Angeli, Ángel Rozas, Humberto Luis Arturo Schiavoni, Esteban José Bullrich, Silvia del Rosario Giacoppo y Silvia Beatriz Elías de Pérez sometieron a consideración del H. Senado de la Nación un proyecto de ley que tiene por finalidad la adopción de un conjunto de medidas a implementarse en materia de regularización del empleo no registrado, lucha contra la evasión laboral, registración y modificaciones al marco normativo de las relaciones de trabajo.

Es un desprendimiento del presentado en noviembre de 2017.

Contiene el blanqueo laboral, pero también algunas normas modificatorias de la LCT como son la reforma del art.245,LCT y el art.12 LCT y la posible introducción del fondo de cese laboral.

b) Otro proyecto de los mismos autores contiene la ley de capacitación laboral continua y, específicamente, se regulan las pasantías aunque con otro nombre.

c) Finalmente otro proyecto de aquéllos se refiere a la Agencia Nacional de Evaluación Médica.

## II. COMENTARIO A DOS TEMAS IMPORTANTES DE LA PRETENDIDA REFORMA LABORAL

Reduciremos nuestro comentario a sólo dos aspectos contenidos en uno de los últimos proyectos, aunque con algunas referencias a lo anterior.

<sup>1</sup> ARESE, César, “La nueva contrarreforma laboral que plantea el Gobierno”, *La Voz del Interior*, Córdoba, domingo 12 de diciembre de 2017, p.27.



## I. IMPLEMENTACIÓN CONVENCIONAL DEL FONDO DE CESE LABORAL SECTORIAL

Su prevé una completa regulación legal de ese instituto para la cobertura de indemnizaciones en materia de preaviso y despido sin causa y demás modalidades de extinción que se señala.

### A) EL ÚLTIMO PROYECTO

Éste expresa:

- “Art.21. Fondo de Cese Laboral. Creación. Las entidades representativas de los empleadores junto con las asociaciones sindicales representativas de los trabajadores, signatarias de convenios colectivos de trabajo, podrán establecer a nivel convencional la constitución de un Fondo de Cese Laboral Sectorial para la actividad, con el objeto de asumir la cobertura en materia de preaviso y despido sin causa contempladas en los artículos 232 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias.



*El presente sistema sustituye y reemplaza al empleador en el cumplimiento de las obligaciones antes mencionadas, sean directamente aplicables para las reparaciones indemnizatorias por preaviso y despido sin causa, como a las demás modalidades de extinción del vínculo laboral previstas en los artículos 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253 y 254 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, de conformidad con las disposiciones previstas para cada caso.”*

### B) NUESTRO COMENTARIO

#### b.1. Generalidades

En una entrevista radial del programa “Radio con vos”, del 9 de enero de 2017, el secretario de Empleo de la Nación Miguel Angel Punte dijo que “contratar y despedir debería ser natural como comer y descomer”.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Ver [https://tn.com.ar/politica/la-teoria-de-comer-y-descomer-que-quiso-decir-el-funcionario-del-gobierno-que-hablo-de-los-despidos\\_765397](https://tn.com.ar/politica/la-teoria-de-comer-y-descomer-que-quiso-decir-el-funcionario-del-gobierno-que-hablo-de-los-despidos_765397), consultada el 27 de agosto de 2018.

Anticipamos nuestra convicción de que “la embestida contra los “costos del despido” es una embestida contra la cláusula constitucional del art.14 bis que establece: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de la leyes las que asegurarán al trabajador... protección frente al despido arbitrario”.<sup>3</sup> La reducción de las indemnizaciones por despido es una vía para ello. La otra es la posible creación del fondo de cese laboral.

El Fondo de Cese Laboral propuesto no es nuevo. Sus líneas maestras fueron enunciadas en el “Acta de coincidencias” de 1997 y en el mensaje N°11872/96 del PEN al Congreso Nacional que proponía la creación de una cuenta de capitalización por antigüedad.

Se apunta “linealmente a reducir costos en detrimento de consolidados derechos de los trabajadores”. “La creación de cuentas o fondos para hacer frente a la extinción del contrato de trabajo no es una novedad en el derecho del trabajo de otros países”. Uno es el caso de la llamada “mochila austríaca” y ha estado presente en los debates sobre la reforma laboral española de 2010.<sup>4</sup>

Se acerca al mecanismo que como fondo de capitalización individual rige en Austria desde el 1° de enero de 2003. Mas en España no se concretó. Tiene parentesco con el “Fondo de Garantía del Tiempo de Servicio” establecido en Brasil.<sup>5</sup>

#### b.2. Creación convencional y para la actividad

A diferencia del proyecto originario remitido a fines del año 2017 que preveía que el empleador debía adherir a tal sistema, en éste último “la homologación por la autoridad de aplicación del convenio colectivo que lo emplazara implicaría la obligatoriedad para todos los empleadores de la actividad, sin posibilitar que estos opten el régimen general”.<sup>6</sup>

Abarcaría entonces a todo el ámbito territorial y personal de aplicación del convenio colectivo de trabajo de que se trate.

Compartimos que ese fondo se justifica en el Régimen Nacional de la Industria de la Construcción, art.15 de la ley 22.250, por sus características de falta de permanencia y continuidad de esas relaciones laborales especiales.<sup>7</sup>

Allí se financia con un aporte del empleador del 12% durante el primer año y del 8% a partir del segundo año, todo del salario mensual del trabajador. Reemplaza a la indemnización por antigüedad y preaviso y pueden ser retiradas las sumas acumuladas por el trabajador cuando se extinga el contrato de trabajo por cualquier causa.

<sup>3</sup> La Reforma del miedo 2 Agrupación de Abogados Norberto Centeno

<sup>4</sup> CARO FIGUEROA, José A., Apuntes para una historia de las reformas laborales en la Argentina contemporánea, DT febrero 2018, Año LXXVIII N°2, p.301.

<sup>5</sup> GARCÍA, Héctor Omar, “Sobre las propuestas de modificación en materia de relación de trabajo y convenciones colectivas contenidas en el reciente proyecto de reforma laboral”, Revista de Derecho Laboral- Actualidad, 2018-1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, p.153, con citas allí mencionadas y desarrollo del sistema brasileño.

<sup>6</sup> PLUSINERI, Pedro Sebastián, “Análisis crítico del Título I del Proyecto de Reforma Laboral sobre Regularización del Empleo no Registrado”, RDL-Actualidad 2018.

<sup>7</sup> SAPPÍA, Jorge J., “Es un proyecto light y poco importante”, en La Voz del Interior, Córdoba, 3 de enero de 2018.

Pero no se justifica transferir este instituto al régimen general.

El sistema propuesto “implica agregar un motivo más de desestabilización del trabajador quien sentirá que su estadía en un puesto de trabajo no tendrá el elemento protector que supone la indemnización.”<sup>8</sup>

### b.3. Alcance

El Fondo de Cese que se propicia sustituiría al preaviso y a la indemnización por despido incausado inicialmente. Pero también a las demás modalidades de extinción del vínculo laboral previstas en los artículos 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253 y 254 de la Ley de Contrato de Trabajo.

No dice la propuesta si alcanzará también a la integración del mes de despido.

No funcionará en caso de renuncia, como sí sucede en el RNIC.

### b.4. Su administración

Refiere el art.22 del proyecto:

*“El Fondo de Cese Laboral Sectorial será administrado por un ente sin fines de lucro, de conducción bipartita y control por una sindicatura cuyo titular será designado por la autoridad de aplicación, denominado “Instituto Administrador del Fondo de Cese Laboral Sectorial de...(denominación de la actividad)”, cuyo estatuto constitutivo, organigrama, plan de acción y análisis de sustentabilidad deberán ser presentados ante el MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, al momento de la homologación de la norma convencional que lo constituye, para la evaluación de su viabilidad futura, teniendo en cuenta las características socio-económicas del sector, el nivel de rotación de personal, el análisis actuarial de las contingencias y del impacto de su cobertura, así como otras pautas de consideración que al respecto establezcan las normas complementarias de la presente ley...”*

### b.5. Patrimonio del Instituto Administrador. Aporte exclusivo del empleador

Expresa el art.23 del proyecto que comentamos:

- *Art.23. El patrimonio del Instituto Administrador del Fondo de Cese Laboral Sectorial se constituirá con:*

*a) El Fondo de Cese Laboral, integrado por un aporte obligatorio exclusivamente a cargo del empleador, que deberá realizarlo mensualmente, desde el inicio de la relación laboral, y depositarlo en la cuenta bancaria habilitada al efecto, dentro de los QUINCE (15) días del mes siguiente a aquel en que se haya devengado la remuneración del trabajador. El empleador deberá informar al trabajador, de manera periódica y por vía electrónica, el detalle de los aportes realizados con destino al citado Fondo. El Instituto a cargo de su administración, por su parte, deberá implementar mecanismos adecuados para que el trabajador pueda formular la consulta pertinente a través de medios digitales, aplicaciones o cualquier otro instrumento que*

*le permita constatar esa información. b) Los montos de los aranceles que perciba de los empleadores por los servicios que brinda. c) El producido de las inversiones que realice, una vez garantizada la sustentabilidad de los aportes al Fondo. d) Los importes por obligaciones incumplidas por parte de los empleadores adheridos al Fondo. e) Las sumas recibidas por legados, subsidios, subvenciones y todo otro ingreso lícito.*

En este último proyecto el Fondo de Cese Laboral estará conformado por aportes exclusivos a cargo del empleador, a diferencia de lo que se proponía en el primer borrador conocido.

El aporte será obligatorio y exclusivamente a cargo del empleador, “el que deberá realizarlo mensualmente, desde el inicio de la relación laboral, y depositarlo en la cuenta bancaria habilitada al efecto, dentro de los quince del mes siguiente a aquel en que se devengado la remuneración del trabajador.”

Se prevé que el empleador deba “informar al trabajador, de manera periódica y por vía electrónica, el detalle de los aportes realizados con destino al citado Fondo. El Instituto a cargo de su administración, por su parte, deberá implementar mecanismos adecuados para que el trabajador pueda formular la consulta pertinente a través de medios digitales, aplicaciones o cualquier otro instrumento que le permita constatar esa información...”

### b.6. Nominatividad y sustentabilidad de los aportes

El art.24 del proyecto que tratamos refiere:

- *Art.24. El Instituto administrador del Fondo de Cese Laboral Sectorial deberá garantizar la nominatividad de los aportes realizados por el empleador a favor del trabajador, sin perjuicio de realizar las inversiones que estime necesarias en bancos habilitados para ello, con el objeto de contribuir a su sustentabilidad.*

### b.7. Cálculo del aporte

En el art.25 del proyecto señala:

- *Art. 25. El monto del aporte mensual a que se encuentra obligado el empleador, deberá establecerse sobre un porcentaje de la remuneración mensual que perciba el trabajador en concepto de salario básico convencional y adicionales remunerativos y no remunerativos previstos en la convención colectiva de trabajo de la actividad. Se incluyen para su cálculo las sumas e incrementos generales, de carácter remunerativo y no remunerativo, que pueda disponer la autoridad pública.*

Dicho monto del aporte mensual deberá ser puesto a consideración de la autoridad de aplicación, quien evaluará su aprobación en base a la elaboración de un análisis técnico actuarial.

Para aquellos empleadores que, como consecuencia del número y periodicidad de extinciones de relaciones de trabajo, incrementen la tasa promedio de rotación de personal de la actividad de que se trate, se podrá establecer un porcentaje adicional del aporte mensual, hasta un VEINTE POR CIENTO (20%) superior a la suma del aporte promedio, en las formas y condiciones que disponga la autoridad de aplicación.

<sup>8</sup> Ídem nota anterior.





El proyecto toma en cuenta para el cálculo del aporte rubros remuneratorios y no remuneratorios que perciba el trabajador. Pero ellos son sobre el salario básico convencional y los adicionales remuneratorios y no remunerativos previstos en la convención colectiva de trabajo de la actividad.

No toma en cuenta el salario real del trabajador, si éste fuera superior al salario de convenio o de los aumentos que fije el gobierno. Por ello si el trabajador ganara por encima de los pisos legales o convencionales, obtendría una compensación por despido inferior a la que percibe actualmente.

No se fija en el proyecto un porcentaje mínimo de aportes. Por ende no se sabe cuál es el que podría aprobar la autoridad de aplicación.

Podría llegarse por esta vía a que la reparación del despido resulte irrisoria y de ese modo no se cumplirá con la manda constitucional que ordena la protección contra el despido arbitrario, art. 14 bis, CN.<sup>9</sup>

#### **b.8. Carácter irrenunciable**

En el art.26 del proyecto se dice:

- Art.26. Los montos del Fondo de Cese Laboral correspondientes al trabajador tienen carácter irrenunciable, no pudiendo ser cedidos, gravados ni embargados salvo por imposición de cuota alimentaria y una vez producida la extinción de la relación de trabajo.

#### **b.9. Percepción de los montos**

En el art.27 del proyecto se hace una reglamentación pormenorizada y casuística del procedimiento para la percepción de los montos correspondientes a este instituto y que abarca diversos supuestos.

- Art. 27. El trabajador tendrá derecho a percibir los montos correspondientes al Fondo de Cese Laboral Sectorial, una vez que el empleador le haya comunicado de forma fehaciente la decisión de extinguir la relación quien deberá remitir de manera contemporánea una copia de dicha comunicación al Instituto a cargo de la administración del Fondo.

El Instituto deberá depositar en la cuenta sueldo del trabajador las sumas que le correspondan en concepto de preaviso e indemnización por despido sin

causa, dentro de los CUATRO (4) días hábiles de recibida la comunicación del empleador o de la presentación de la misma que le efectúe el trabajador.

El trabajador podrá ejercer la opción voluntaria de percibir los montos aludidos en el párrafo anterior bajo la modalidad de pago único o de manera parcial y periódica, disponiendo que el saldo pendiente sea capitalizado por el Instituto, en el marco de las inversiones que efectúe de los recursos que administra. Los intereses y demás beneficios generados por dicha capitalización le serán abonados y reconocidos al trabajador en las formas y condiciones que acuerde con el citado ente.

#### **b.10. Situación de incumplimiento del Instituto y del empleador. Sanciones**

Para el primer caso establece el art.28 del proyecto:

- Art. 28. En caso de incumplimiento por parte del Instituto en el depósito en tiempo y forma de los montos del Fondo de Cese Laboral Sectorial que le correspondan al trabajador, éste lo intimará para que dentro del plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas regularice la situación, bajo apercibimiento de accionar judicialmente contra aquél y contra el empleador, en resguardo de sus derechos.

Para el segundo caso prevé el art.29 del proyecto:

- Art.29. En caso de incumplimiento total o parcial por parte del empleador a las obligaciones de aportar al Fondo de Cese Laboral Sectorial, al cual adhirió voluntariamente, aquél quedará excluido total o parcialmente de la cobertura, pudiendo ser objeto del reclamo respectivo por parte del trabajador, sin perjuicio de las sanciones correspondientes.

#### **b.11. Plazo en otros casos**

Una especial previsión tiene el proyecto en el art.30 vinculado al plazo de depósito en otros casos.

- Art.30. En los supuestos de extinción de la relación laboral, contemplados en la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, que remitan a las indemnizaciones previstas en sus artículos 232 y 245, el plazo para efectuar el depósito a favor del trabajador o de sus causahabientes de la cobertura a cargo del Fondo de Cese Laboral Sectorial comenzará a partir de la recepción por parte del Instituto de la documentación que acredite este derecho.

<sup>9</sup> PUSINERI, ob.cit.

### **b.12. Complementariedad con otros modos de extinción del vínculo**

En el art.31 el proyecto expresa la posibilidad de utilización de los montos ingresados al Fondo de Cese Laboral Sectorial para el pago de otros modos de extinción de la relación laboral.

- Art.31. Los montos ingresados al Fondo de Cese Laboral Sectorial podrán ser utilizados para complementar las sumas que perciba el trabajador o sus derechohabientes en el supuesto contemplado en el artículo 241 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, sea por mutuo acuerdo individual o con motivo de la adhesión del trabajador a un programa general de retiro voluntario o de desvinculación anticipada instrumentado por su empleador.

En los casos de acuerdo de partes por adhesión a un programa general de retiro voluntario o de desvinculación anticipada de su empleador, el trabajador podrá percibir del Instituto, en un solo pago, hasta el CINCUENTA POR CIENTO (50%) de los fondos nominados que le correspondan.

### **b.13. Extinción con expresión de causa**

Muy particular es la regulación del art.32 del proyecto respecto al cobro de los fondos nominados que integran el Fondo de Cese Laboral Sectorial en caso de despido sea indirecto o directo causado.

- Art.32. En aquellos supuestos de extinción de la relación con justa causa, invocada por cualquiera de las partes con fundamento en los artículos 242 y 246 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, el Instituto reservará los fondos nominados hasta tanto exista declaración firme de la autoridad judicial competente respecto de la validez de la causal invocada.

En caso de declararse injustificada la extinción del vínculo para el trabajador que se diera por despido con causa, el mismo perderá el derecho a percibir los fondos nominados y aportados el empleador sujeto del distracto, los que le serán reintegrados a este último.

Si se declarase injustificada la extinción del vínculo dispuesta por empleador con expresión de causa, los fondos nominados serán entregados al trabajador, sin perjuicio de las sanciones que pueda aplicar el Instituto en virtud de lo establecido en el artículo siguiente.

El reintegro al empleador del fondo en esos casos según este último proyecto senatorial se diferencia absolutamente del que prevé el RNIC en donde el Fondo de Cese Laboral es percibido por el trabajador en todos los casos de extinción de la relación laboral cualquiera sea la causa.

De ese modo, compartimos, queda de manifiesto “que en tal actividad funciona como una compensación por el tiempo de servicio y no tiene naturaleza indemnizatoria.”<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> PUSINERI, ob.cit.





#### **b.14. Régimen de sanciones para el empleador incumplidor**

Art. 33. El Instituto Administrador podrá sancionar a los empleadores adheridos al Fondo de Cese Sectorial, de acuerdo con lo establecido en el siguiente régimen:

- a) Incumplimiento total o parcial por parte del empleador de su obligación de realizar los aportes al Fondo: multa del CINCO POR CIENTO (5%) al DIEZ POR CIENTO (10%) del monto omitido, por cada trabajador y por cada período de omisión.
- b) Extinción del vínculo por parte del empleador, con expresión de causa, que posteriormente fuera declarada judicialmente injustificada: multa del DIEZ POR CIENTO (10%) al CINCUENTA POR CIENTO (50%) de los fondos nominados a favor del trabajador en cuestión.

#### **b.15. Complementariedad de la modalidad de pago único de la prestación por desempleo**

Se propicia la modificación de la Ley Nacional de Empleo para extender el pago de la modalidad en otros casos.

- Art. 34.- Modifícase el artículo 127 de la Ley Nacional de Empleo N° 24.013 y sus modificatorias por el siguiente texto:

“Artículo 127.- La reglamentación contemplará la modalidad de pago único de las prestaciones como medida de fomento al empleo, para beneficiarios que se constituyan como trabajadores asociados o miembros de cooperativas de trabajo existencias, a crear u otras formas de trabajo asociado, en actividades productivas, o para complementar la cobertura de los fondos sectoriales de cese laboral que se constituyan de acuerdo a la normativa aplicable”.

## **2. MODIFICACIÓN DEL ART.245 LCT**

- a) En un solo artículo se preconiza la modificación del art.245 de la LCT.

Después de fuertes críticas el último proyecto algo ha variado respecto del borrador inicial. Se instrumenta la modificación con el agregado de tres párrafos que impactan en la base de cálculo de la indemnización por antigüedad por despido que establece el mencionado artículo de la LCT.

- Art.37. Indemnización por despido sin causa. Modifícase el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, el que quedará redactado de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 245. Indemnización por antigüedad o despido.

“En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a UN (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de TRES (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el

último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.

*Quedan excluidos de la base salarial prevista en el párrafo anterior, el sueldo anual complementario, los premios y/o bonificaciones, y toda compensación y/o reconocimientos de gastos que el empleador efectúe hacia el trabajador.*

Dicha base no podrá exceder el equivalente de TRES (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo.

Para aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno.

*Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio al que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios, si éste fuere más favorable, tomándose en consideración el promedio de las comisiones o remuneraciones variables devengadas durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.*

El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a UN (1) mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo.

*En ningún caso la base salarial derivada de lo establecido en el tercer párrafo del presente artículo podrá implicar, para el trabajador, una reducción de más del TREINTA Y TRES POR CIENTO (33%) de la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuera menor”.*

#### **b. Nuestro comentario:**

##### **b.1. Exclusiones**

Se propicia la inclusión de “un párrafo en el art.245 de la LCT tendiente a excluir algunos rubros de la base salarial que el propio artículo toma en cuenta para el cálculo del monto reparatorio del distracto” incausado. Debe entenderse que es una enumeración taxativa los conceptos excluidos en la medida que se trata de excepciones.<sup>11</sup>

##### **b.2. Exclusión de la base salarial del sueldo anual complementario**

Para algunos el SAC debe integrar la base de cálculo. A tenor del carácter de salario *diferido* que se gana día a día, mes a mes, que tiene el S.A.C. y además de los términos del art.245,L.C.T. según el

<sup>11</sup> GARCÍA, ob.cit.



art. 5° de la ley 25.877 (B. O. 19/3/2004) que dice que para la indemnización por despido se debe tomar como base “la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor”, debería incorporarse el S.A.C. a la base para la indemnización por despido.<sup>12</sup>

En doctrina por ejemplo se expiden en ese mismo sentido Ojeda<sup>13</sup>, Machado<sup>14</sup>, Barrera Nicholson<sup>15</sup> y también Arias Gibert, entre otros.<sup>16</sup>

La Suprema Corte de Buenos Aires tradicionalmente ha entendido: “...Por tratarse de un salario diferido el sueldo anual complementario forma parte integrante de la remuneración del empleado a los efectos indemnizatorios del art. 245 de la LCT...”. “...Es que el sueldo incluye la totalidad de los ingresos de carácter remuneratorio cualquiera sea su modalidad, los que forman parte integrante del mismo para los efectos legales pertinentes, incluyendo el sueldo anual complementario en razón de tratarse de un salario diferido...”<sup>17</sup>

Dicha postura inclusiva comenzó en el caso “Hellman, Raúl Alberto c/ Rigolleau S.A.” de 1983 y es compartida por la jurisprudencia provincial en Entre Ríos, Santa Fe, La Rioja, Santiago del Estero, Mendoza, La Pampa y Río Negro.<sup>18</sup>

Empero desde otro costado otra jurisprudencia y doctrina se expiden en sentido negativo pues estiman que el S.A.C. es un *sueldo complementario* y que su pago no es mensual.<sup>19</sup> Dicha postura negativa triunfó en el sumamente cuestionado plenario N° 322 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal del 19/11/2009 en autos: “Tulosai, Alberto P. c/ Banco Central de la República Argentina s/ LEY 25.561”. Allí, por mayoría, se fijó la siguiente doctrina: “1°) No corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la L.C.T., la parte proporcional del sueldo anual complementario. 2°) Descartada la configuración de un supuesto de fraude a la ley laboral, la bonificación abonada por el empleador sin periodicidad mensual y en base a un sistema de evaluación del desempeño del trabajador, no debe computarse



a efectos de determinar la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la L.C.T.”<sup>20</sup>

En el mismo sentido restrictivo se ha expedido el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, sala Laboral, por no ser el S.A.C. una remuneración mensual.<sup>21</sup>

De ser ley el proyecto esta parte no impactaría demasiado en Córdoba, al menos ante la postura consolidada del tribunal cimero provincial.

### b.3. Exclusión de la base salarial de los premios y/o bonificaciones

Puntualidad y asistencia (presentismo) o el premio por productividad son premios<sup>22</sup> o plus que funcionan como incentivos para el que trabajador coopere en la prestación de la tarea y en un mejor

12 Se expide de modo positivo FERNÁNDEZ MADRID, ob.cit., p.1330. DEL BONO, Carlos M. en Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada y concordada, RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (Dir.), BARILARO, Ana Alejandra (Coord.), La Ley, Buenos Aires, 2007, T. III, cita variada jurisprudencia en sentido afirmativo, p.386/387

13 Inicialmente OJEDA, Raúl Horacio, en Ley de contrato de trabajo comentada y anotada, VÁZQUEZ VIALARD (Dir.)-OJEDA (Coord.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, T. III, p. 429, así lo expresó. Lo reiteró OJEDA, Raúl Horacio, comentario al art. 245 en Ley de Contrato de Trabajo comentada y anotada, OJEDA (coordinador), 2ª edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, Tomo III, p.430/431, citando variada jurisprudencia de la SCBA y la CNTrab.

14 MACHADO, José Daniel, Las indemnizaciones debidas por extinción de la relación laboral en Tratado de Derecho del Trabajo, ACKERMAN (Dir.)-TOSCA (Coord.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, T. IV, p.457 y en comentario al art.245 de la LCT, AA.VV. Ley de contrato de trabajo comentada, ACKERMAN, Mario (director)-SFORSINI, María Isabel (coordinadora), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, T.III, p.210.

15 BARRERA NICHOLSON, Antonio J., también así lo expone en su comentario en la Red 14 bis, de la que es coordinador.

16 ARIAS GIBERT, Enrique, La remuneración “devengada” en la reforma de la ley 25.877, DT, 2007-A, 146.

17 SCBA, L 40623 S 21/03/1989, DJBA 136-131, TySS, 1989 - 617 - LAS 1989-I-413, JUBA LABORAL B-13547, TySS, 2000-712.

18 GARCÍA, ob.cit. quien menciona a esas provincias que fueron enumeradas en el voto del Dr. Juan Carlos Fernández Madrid en el plenario 322 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en noviembre de 2009

19 En contra DEL BONO, ob.cit., p.386, quien se expide en sentido negativo e indica jurisprudencia al respecto.

20 OJEDA, en comentario al art. 245 en Ley de Contrato de Trabajo... cit., p.432, renueva la esperanza de que “cuando se complete la integración de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo esa doctrina sea revisada y revocada.” Véase la crítica que hacen ETALA (h.), Juan José ; GONZÁLEZ ROSSI, Alejandro, La consideración de Remuneración Mensual -art. 245 LCT- según el Plenario 322, DT 2009 (diciembre), p.315.

21 TSJ Córdoba, sala laboral, 23/4/2010, “Peralta, Miguel Ángel c/ Ciudad de Córdoba SPACIF-ordinario-Art.212 LCT-Recurso directo”, ver La instancia Judicial- Práctica Laboral-2011-I, Fallos A 435, p.131, López-Moreno, Villa María, 2011 con el comentario de KESELMAN, Sofía Andrea, Base remuneratoria para el cálculo de la indemnización por antigüedad. Incidencia del sueldo anual complementario. Esa postura fue reiterada por el tribunal cimero cordobés el 1/3/2011, “Ostiaiti, Jerónimo c/ C.C.C. La Capital del Plata Ltda.-Ordinario-Despido-Recurso de casación”, en contradicción con la SCBA, 6/10/2010/, “Catalana, Mauro Jesús c/ Sealy Argentina S.R.L. y otro. Indemnización por despido, etc.”, citados por la misma autora. La CNTrab, sala X, 14/10/2010, “Salaberrí Lanza, Matías Ignacio c/Sap Argentina S.A.”, DT, Año LXXI, N°7, p.1711, cita on line: AR/JUR/71681/2010, resolvió que a los efectos del cálculo de la indemnización por antigüedad resulta procedente incluir en el salario base las bonificaciones abonadas trimestralmente si la demandada no brindó explicaciones de cuáles serían las condiciones para tener derecho a su cobro ni se ha logrado acreditar que las mismas obedecieran a la implementación de un sistema de evaluación de desempeño del trabajador, pues no se vislumbran los presupuestos fácticos necesarios para aplicar la doctrina sentada en el plenario “Tulosai”, con comentario de CHITTI, María Stella, La base salarial que garantiza la protección del trabajador contra el despido arbitrario. La Cámara del Trabajo, San Francisco, sentencia N°46, de octubre de 2008, sala unipersonal, vocal Dr. Cristián Requena, “Paredes c/ Maldonado”, no publicada, se enrola en la postura restrictiva la que entiende se deriva literal y gramaticalmente de su texto. Coincide con el voto en mayoría, vocal Alberto Bonadero, TSJ, Córdoba, Sala Laboral, “Orcetti Jorge Rodolfo c/ Condecor S.A. Cia. Financiera – Dda. indemnización por antigüedad – Recurso de casación”, 27/05/91, Semanario Jurídico N° 847, ps. 14/15 y Foro de Córdoba – Cuadernos de Jurisprudencia IV, ps. 176/180 y TSJ, Córdoba, Sala Laboral, sent. 127/00, “Cuerpo determinatorio de montos en Murphy Marcelo Dennis c/ E.S.S.O. S.A.P.A. – Demanda – Recurso de casación”, citada por LASCANO, Eduardo- CALVIMONTE, Beatriz, Derecho del Trabajo – Interpretación Judicial – Jurisprudencia Sala Laboral TSJ, Advocatus, Córdoba, 2006, p. 117.

22 CSJ, Mendoza, sala segunda, 23/6/2003, “Baker Hughes Argentina S.R.L. en p/ 8.430 “Alberoni D. y Ots. c/Kobe Centrifug Arg. Div. Baker Hughes Arg. S.A. p/Ord.” S/Inc. - Cas.”, no publicado, ha dicho: “La LCT no obliga al pago de los premios; su aplicación depende de lo establecido en cada convenio colectivo, o lo fijado por cada empresa y su percepción está sujeta a los requisitos para acceder al mismo...”



rendimiento en la empresa. Un ejemplo es puntualidad y asistencia (presentismo).<sup>23</sup>

La propuesta del proyecto es peligrosa y reductiva porque puede significar excluir al presentismo, que es un premio, que sea habitual y cualquier premio o bonificación que tenga esa característica.

Se dice en el mensaje senatorial que se trata superar divergencias interpretativas respecto de los conceptos que integran la base salarial de cálculo del artículo 245 de la LCT. Pero se hace por una interpretación contraria los derechos de los trabajadores.

#### **b.4. Exclusión de la base a toda compensación y/o reconocimientos de gastos que el empleador efectúe hacia el trabajador**

Se ha criticado con fuerza y razón esa inclusión en la pretensa exclusión porque esas compensaciones no integran la base indemnizatoria por cuanto "se trata de erogaciones efectuadas por el trabajador que por tanto carecen de naturaleza salarial".<sup>24</sup>

La LCT en el art.106 aclara que no son remuneratorias "las sumas efectivamente gastadas por el trabajador y acreditadas mediante comprobantes, salvo que un estatuto o convención colectiva establezcan otra cosa. Mas sí tienen naturaleza salarial "las sumas abonadas por el empleador sin exigencia de comprobantes del respectivo gasto, aunque fueren imputadas a erogaciones efectuadas por el trabajador. Ejemplo de esto es el reintegro de gastos sin comprobantes correspondientes al uso del automóvil de propiedad de la empresa o del empleador, al que se refiere el artículo 105 inc.b) de la LCT."<sup>25</sup>

<sup>23</sup> La Cám.7Trab., Mendoza,23/12/2009, "Miranda, Ewaldo Efrén y otros c/ Leonangeli, Osvaldo Nazareno", DT, Año LXX, Nº 5,p.113 expresa que "resulta improcedente excluir del adicional por presentismo del cálculo de la remuneración que debe percibir el trabajador durante el periodo de vacaciones toda vez que las propias normas de la Ley de Contrato de Trabajo expresamente contemplan la liquidación de las formas variables de salarios y otras remuneraciones accesorias al solo efecto del cálculo de los salarios correspondientes a los periodos de inactividad remunerados establecidos por disposición legal."

<sup>24</sup> GARCÍA, ob.cit.

<sup>25</sup> Ídem nota anterior.

Se desprende el claro el propósito de la norma propuesta de superar una discusión jurisprudencial y doctrinaria en lo que respecta a la naturaleza salarial y la inclusión o no en la base de cálculo de la indemnización del art.245 de la LCT de conceptos como "el uso y mantenimiento del automóvil, el servicio de telefonía celular y el seguro médico asistencial, cuando son solventados por el empleador."<sup>26</sup> La mayoría de las sentencias reconocen el carácter remuneratorio de esos conceptos *en tanto que el uso de esos elementos no se restrinja al desempeño laboral*. Se considera ganancia patrimonial del trabajador como consecuencia del contrato de trabajo. Es remuneración porque ella también implica el ahorro que el trabajador haga, fundado en los arts.6º y 7º del PIDES, de raigambre constitucional, y el convenio 95 OIT, de superior jerarquía respecto de las leyes, y los fallos de la CSJN como son "Pérez c/Disco", "González c/Po-limat", "Díaz c/ Cervecería y Maltería Quilmes".<sup>27</sup>

Si el proyecto en esta parte se convierte en ley será inconstitucional claramente y fuente de innumerables litigios.

#### **b.5. Trabajadores con remuneraciones variables.Se toma el promedio**

En el proyecto, en el caso de los trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables se toma en consideración el promedio de las comisiones o remuneraciones variables deven-gadas durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.

Ese promedio es peyorativo respecto de la previsión actual. Contradice el primer párrafo del art.245 de la LCT, el que se mantiene, que manda que la base de cálculo de la indemnización por antigüedad por despido incausado sea la "mejor" remuneración mensual, normal y habitual.

La propuesta de modificación además avanza sobre jurisprudencia pacífica del fuero laboral establecida el 5 de octubre de 2000 por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, plenario "Brandi, Roberto Antonio c/ Lotería Nacional S.E. s/ Despido", en el que se resolvió que para el cálculo de la mejor remuneración normal mensual y habitual no se debían tomar promedios de las remuneraciones variables, sino la mejor.<sup>28</sup>

Pero también esa posible norma perjudica a los trabajadores mirándolos desde la enseñanza de la Corte Suprema de Justicia de la Nación expuesta en el caso "Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA S.A. s/Despido",14/9/2004. Si bien allí se aceptó el sistema tarifario y transaccional para establecer la indemnización por despido incausado, la modalidad que se adopte para ello debe guardar razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el legislador admitió como significativos para calcularla, antigüedad y salario del trabajador despedido. Si ello

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> Ver SECO, Ricardo Francisco, La remuneración de los trabajadores argentinos, Rubinzal Culzoni, Santa Fe,2015, p.60 y sgtes.

<sup>28</sup> Colección Plenarios Derecho del Trabajo, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, MAZA, Miguel Ángel (director), Fernández, Nilda B.-Fernández, Marcelo C., La Ley, Buenos Aires, 2011, p.479.



no es así no se logrará la finalidad reparadora que la indemnización debe tener. El “resarcimiento del empleador debe ser razonable, lo que a su vez quiere decir, adecuado a los fines que contempla y no descalificable por razón de iniquidad” (considerando 7º primer párrafo de ese fallo).

En ese caso no implicará la protección contra el despido arbitrario.

La reparación tarifada es una indemnización que tiene una doble finalidad: preventiva y resarcitoria, en cuanto “intenta desalentar la práctica antisocial del despido mediante una imposición económica que, una vez frustrado ese propósito, opera como reparación del daño presuntamente causado al trabajador.”<sup>29</sup> Compartimos con Arias Gibert que “la Constitución Nacional no puede proteger contra de otra manera que estableciendo un marco de juridicidad y sus puntos de ruptura que aparecen como lo antijurídico. Por lo tanto aquello contra lo que la Constitución protege (en el caso, *el despido arbitrario*) es por definición antijurídico, aquello que afecta lo que es designado por el propio texto como dentro del marco de juridicidad. Por lo tanto, para que la norma aplicable al despido arbitrario pueda ser reconocida como perteneciente al sistema constitucional, ella debe proteger contra éste.”<sup>30</sup>

#### **b.6. Agregación de la doctrina de la CSJN en el caso “Vizzoti”**

El proyecto agrega lo que la CSJN dijo en el caso “Vizzoti”, donde se dice que la Corte legisló. En el último párrafo del artículo propuesto se dice:

*“...En ningún caso la base salarial derivada de lo establecido en el tercer párrafo del presente artículo podrá implicar, para el trabajador, una reducción de más del TREINTA Y TRES POR CIENTO (33%) de la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuera menor”.*

La mayoría de los tribunales en todo el país siguieron la doctrina expuesta por la Corte procurando

*que hubiera una relación porcentual entre salario y tope indemnizatorio que implique no disminuir a aquél a menos del 67%.*

La doctrina critica un serio defecto de redacción en el proyecto porque en el último párrafo se dice que *se debe tomar en cuenta la remuneración percibida*; en cambio en el primer párrafo del artículo se atiende a la *devengada* durante el último año o al tiempo de prestación de servicios, texto del artículo modificado por el art.5º de la ley 24.877.

El agregado solo beneficia aquellos trabajadores que perciben sueldos altos y generalmente están excluidos de la aplicación de los Convenios Colectivos de Trabajo.

#### **b.7. Corrección**

Se corrige el anteproyecto y se deja incluida en la base indemnizatoria a las horas extras y comisiones en la medida en que sean mensuales y habituales.

### **III. AFECTACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, AL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN Y AL DE PROGRESIVIDAD SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

El proyecto que comentamos en estos dos puntos implica una flagrante afectación de la Constitución Nacional y del bloque de constitucional federal, en especial, a la interpretación que de ellos ha hecho el tribunal cimero federal.

<sup>29</sup> Ídem nota anterior.

<sup>30</sup> ARIAS GIBERT, Enrique, “La protección contra el despido arbitrario en el modelo constitucional argentino”, en *Revista de Derecho Laboral*, 2014-I, *El Derecho del Trabajo en la Constitución Nacional-I*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p.400.



## PRINCIPIO DE PROTECCIÓN

1.El 14 de setiembre de 2004 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en el caso “Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S.A. s/ despido.” En el Considerando 8º, casi un *obiter dictum*, dijo a CSJN:

“La intervención de esta Corte en los términos precedentemente expuestos no entraña ingerencia alguna en el ámbito del Poder Legislativo, ni quiebre del principio de separación de poderes o división de funciones. Se trata del cumplido, debido y necesario ejercicio del *control de constitucionalidad* de las normas y actos de los gobernantes que le impone la Constitución Nacional.”

“Es bien sabido que esta última asume el carácter de una *norma jurídica* y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando, como en el caso, se encuentra en debate un derecho humano.”

“Los derechos constitucionales tienen, naturalmente, un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución. De lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra el mentado control: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último.”

2.En el caso “Pérez c/ Disco”, 1/9/2009, la CSJN hizo otros aportes sobre el tema.

Así dijo que el legislador “al reglamentar un derecho constitucional no puede *“obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional*. Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterar los (art. 28 cit.), lo cual significa *conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos*. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar *“el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos”* (Constitución Nacional, art. 75 inc. 23).”

“El mandato que expresa el tantas veces citado art.14 bis se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento *“atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima” a dicho precepto*”.

3.La CSJN, el 18 de junio de 2013 resolvió los autos: “**Recurso de hecho deducido por la Asociación de Trabajadores del Estado en la causa Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad**”, en contra de la **Municipalidad de Salta, llamado ATE II**, donde dijo:

“El trabajador es sujeto de *“preferente tutela constitucional”* (“Vizzoti”, Fallos: 327:3677, 3689 y 3690 —2004—; “Aquino”, Fallos: 327:3753, 3770 y

3797 —2004—; “Pérez, Aníbal Raúl c. Disco S.A.”, cit., p. 2055), y goza de la *“protección especial” del Estado, según lo expone la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, adoptada como Declaración de los derechos sociales del trabajador (art. 2.a), la cual ampara a los trabajadores “de toda clase” y sirve para la adecuada interpretación y el desarrollo de las normas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (“Ascuá”, Fallos:333:1361, 1369/1370 —2010—).*”

## PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

1.Expuso la Corte Suprema de Justicia en el caso “**Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688**”, 21/9/2004:

“Un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del PIDESC en particular es el de *progresividad*, “según el cual, todo Estado Parte se *“compromete a adoptar medidas [...] para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”* (art. 2.1). La norma, por lo pronto, “debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la *plena efectividad de los derechos de que se trata*”. Luego, se siguen del citado art. 2.1 dos consecuencias: por un lado, los estados deben proceder lo *“más explícita y eficazmente posible”* a fin de alcanzar dicho objetivo; por el otro, y ello es particularmente decisivo en el sub lite, *“todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo a este respecto requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”* (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, párr. 1 del art. 2 del Pacto, 1990, HRI/GEN/1/Rev.6, pág. 18, párr. 9; asimismo: *Observación General N° 15*, cit., pág. 122, párr. 19, y específicamente sobre cuestiones laborales: *Proyecto de Observación General sobre el derecho al trabajo (art. 6º) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, presentado por Phillipe Texier, miembro del Comité, E/C12.2003/7, pág. 14, párr. 23).”

“Existe una *“fuerte presunción”* contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el tratado (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 14 y N° 15*, cits., págs. 103 —párr. 32— y 122 —párr. 19—, respectivamente), sobre todo cuando la orientación del PIDESC no es otra que *“la mejora continua de las condiciones de existencia”*, según reza, preceptivamente, su art. 11.1.

“El mentado principio de *progresividad*, que también enuncia la *Convención Americana sobre Derechos Humanos precisamente respecto de los derechos económicos y sociales* (art. 26), a su vez, ha sido recogido por tribunales constitucionales de diversos países...el Tribunal Constitucional de

Portugal ha juzgado que “a partir del momento en que el Estado cumple (total o parcialmente) los deberes constitucionalmente impuestos para realizar un derecho social, el respeto de la Constitución por parte de éste deja de consistir (o deja sólo de consistir) en una obligación *positiva*, para transformarse (o pasar a ser también) una obligación *negativa*. El Estado, que estaba obligado a *actuar* para dar satisfacción al derecho social, *pasa a estar obligado a abstenerse de atentar contra la realización dada al derecho social*” (*Acórdão N° 39/84*, 11-4-1984, la itálica es del original; asimismo: Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 4ª. ed., pág. 469 y la doctrina allí citada, a propósito del “principio de prohibición de retroceso social” o de “prohibición de evolución reaccionaria”).

De su lado, el Consejo Constitucional francés, con referencia a los objetivos de valor constitucional,

sino que se irá adelante”, aun cuando ello “podrá desagradar a alguno que querría permanecer firme” (*Diario de sesiones...*, cit., t. II, pág. 1060).

## 2. En el caso “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, 7/12/2010, la CSJN expresó:

“El decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales antes aludidos y muy especialmente del PIDESC (art. 2.1), sumado al principio *pro homine*, connatural con estos documentos, determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana” (“Cardozo”, Fallos: 329:2265, 2272/2273, y “Madorrán”, cit., p. 2004). Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores,



tiene juzgado que, aun cuando corresponde al legislador o al Gobierno determinar, según sus competencias respectivas, las modalidades de realización de dichos objetivos y que el primero puede, a este fin, modificar, completar o derogar las disposiciones legislativas proclamadas con anterioridad, esto es así en la medida en que no se vean privadas las garantías legales de los principios de valor constitucional que dichas disposiciones tenían por objeto realizar (...). Es esta una muestra de la jurisprudencia llamada *du eliquet* (calza que impide el deslizamiento de una cosa hacia atrás), que prohíbe la regresión, mas no la progresión.”

“El miembro informante de la Comisión Redactora de la Asamblea Constituyente de 1957, sobre el destino que se le deparaba al proyectado art. 14 bis, a la postre sancionado, el convencional Lavalle, con cita de Piero Calamandrei, dijo que “un gobierno que quisiera substraerse al programa de reformas sociales iría contra la Constitución, que es garantía no solamente de que no se volverá atrás,

principios, atribuciones o derechos constitucionales” (“Madorrán”, cit., p. 2004). Ya el precedente “Bergaitz”, de 1974, tuvo oportunidad de censurar toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos, puesto que contrariaba la jurisprudencia de la Corte, “concordante con la doctrina universal”: el “principio de favorabilidad” (Fallos: 289:430, 437; asimismo: Fallos: 293:26, 27).”

## 3. Refirió la Corte Suprema de Justicia en el caso “ATE II”:

“El principio de progresividad “impone que todas las medidas estatales de carácter deliberadamente “regresivo” en materia de derechos humanos... requieran la consideración “más cuidadosa”, y deban “justificarse plenamente”, v.gr., con referencia a la “totalidad de los derechos previstos” en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del “máximo de los recursos” de que el Estado disponga (Observación general N° 18, cit., párr. 21; asimismo, del citado Co-

mité: Observación general N° 17 —párr. 27— y 19 —párr. 42— entre otras). En este sentido se alinean conocidos antecedentes de esta Corte... En términos idénticos, es dable agregar y destacar en esta oportunidad, debe entenderse el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, atinente al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, según lo expresa la señera y cercana sentencia de la Corte IDH dictada en el Caso Acevedo Buendía y otros (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. Perú (excepción preliminar y fondo, 1-7-2009, Serie C N° 198, párrs. 102/103; asimismo: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n° 27/09, caso 12.249, Jorge Odir Miranda Cortez y otros - El Salvador, 20-3-2009, párr. 105 y ss.). Es de recordar, para este orden regional y el citado art. 26, que los Estados miembros de la OEA, convencidos de que *el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un “orden social justo”, convinieron en dedicar sus “máximos esfuerzos” a la aplicación, entre otros, del principio según el cual “el trabajo debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia”* (art. 45.b).”

“Existe una “fuerte presunción” contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el PIDESC, según lo proclama el mencionado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la recordada Observación general N° 18 (párr. 34), continuadora de doctrina ya enunciada en documentos análogos en otras materias (v.gr. Observación general N° 14 —párr. 32—, 15 —párr. 19—, 17 —párr. 27—), así como también lo ha hecho esta Corte (“Medina”, cit., p. 259 y sus citas; v. asimismo: “Aquino”, cit., p. 3775, y “Silva”, cit., p. 5454). La regresividad, en suma, “contraría los postulados y el espíritu del corpus juris de los derechos humanos” (Caso “Acevedo Buendía”..., cit., voto del juez García Ramírez, párr. 21).”

“La aludida realización en la persona del empleado del “derecho a perseguir su bienestar material” por intermedio del trabajo asalariado, ha de estar rodeada, entre otras condiciones, de “seguridad económica”, según lo impone a los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración de los Fines y Objetivos de esta institución, del 10 de mayo de 1944, llamada Declaración de Filadelfia (II.a). Luego, si bien los Estados tienen un margen en el que pueden ejercer su criterio para cumplir con el art. 2.1 del PIDESC, no por ello esta norma deja de imponerles claramente la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para velar por que todas las personas queden protegidas frente a la “inseguridad en el empleo” (Observación general N° 18, cit., párr. 37).

“Que los principios aplicables en el *sub examine* precedentemente enunciados, deben ser completados con otros tres, no menos estructurales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos constitucionalizado. Los dos primeros entrañan obligaciones del Estado, de sentidos opuestos, pero complementarios tanto entre sí cuanto del

ya mencionado principio de progresividad. Por un lado, el *deber (positivo)* de “adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna” (Corte IDH, Caso “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, sentencia del 17-6-2005, Serie C N° 125, párr. 162 y sus citas; asimismo: párrs. 161, 163, 168, 172, 176, 221 y sus citas; en sentido análogo: Caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, sentencia del 29-3-2006, Serie C N° 146, párrs. 151/153), mayormente cuando el derecho al trabajo exige la formulación y aplicación por los Estados Partes de una política en materia de empleo con miras a “elevar el nivel de vida” (Observación general N° 18, cit., párr. 26; Declaración Socio-Laboral del Mercosur, art. 14), lo cual especifica la obligación general de asegurar el derecho de las personas “a una mejora continua de las condiciones de existencia” (PIDESC, art. 11.1; “Milone”, cit., p. 4619; “Aquino”, cit., p. 3775, “Medina”, cit., p. 259). Y, por el otro, el compromiso (negativo) de “respetar” los mentados derechos, lo cual le requiere abstenerse de tomar medidas que interfieran directa o indirectamente en el disfrute del derecho al trabajo que hubiese alcanzado un empleado (Observación general N° 18, cit., párr. 22). Es evidente que si el Estado ha contraído la obligación de adoptar determinadas medidas positivas, con mayor razón está obligado a no adoptar las que contradigan dicha obligación (Corte IDH, Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93, 16-7-1993, Serie A N° 13, párr. 26; Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94, 9-12-1994, Serie A N° 14, párrs. 33 y 36).”

“El tercer motivo reside en un principio que “informa todo el derecho de los derechos humanos” y resulta “connatural” con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (“Madorrán”, cit., p. 2004). Se trata, por cierto, del principio *pro homine o pro persona*, y en sus dos principales manifestaciones en materia de hermenéutica jurídica. Primeramente, la que exige adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías (v.gr., Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, 28-8-2002, Serie A N° 17, párr. 21).” “Y, en segundo lugar, la que impone obrar en sentido inverso, vale decir, restrictivo, si de lo que se trata es de medir limitaciones a los mentados derechos, libertades y garantías, o la capacidad para imponerlas (v.gr., ídem, La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 6/86, 9-5-1986, Serie A N° 6, párr. 31).”



## IV. CONCLUSIONES

Los dos aspectos que comentamos en el proyecto de reforma de abril de 2018 padecen de serias deficiencias técnicas en su redacción ya indicados.

Pero fundamentalmente por las razones expuestas se apartan palmariamente de la cláusula constitucional del art.14 bis de la Constitución Nacional que manda a que los tres poderes del Estado protejan al trabajador contra el despido arbitrario.

Además implica el proyecto una afectación evidente al principio de protección del art.14 bis de la CN y al principio de progresividad recogido por las normas aludidas del bloque de constitucionalidad federal. Por lo tanto no protege al sujeto de tutela preferente que es el trabajador y es regresivo.

De ser aprobadas esas reformas gozarán de la fundada crítica de la mayoría de la doctrina y, seguramente, se incrementará la litigiosidad hasta que sean declaradas inconstitucionales, salvo que la doctrina vigente del más alto tribunal de la República desde 2004 en adelante se modifique en grado sumo, cosa posible pero no deseable.



Ezequiel Rueda<sup>(\*)</sup>

# ACTUACIÓN DEL FONDO DE RESERVA LRT



(\*) Ab. Esp. Derecho Laboral

## I. QUÉ ES EL FONDO DE RESERVA?

La creación del fondo de reserva, instrumentado mediante su inclusión en el articulado de la ley 24.557, es la solución prevista por el sistema para aquellos casos en que, a causa de la liquidación de una aseguradora de riesgos del trabajo, los beneficiarios de sus prestaciones continúen percibiéndolas de manera íntegra.

La necesidad de prever esta solución tiene su fundamento no solo en la percepción a futuro de las prestaciones pendientes de pago, sino como una manera de garantizar que se continúen otorgando inmediatamente aquellas periódicas, tales como las prestaciones médicas permanentes a los afiliados incapacitados o los casos de gran invalidez.

Dicho fondo, creado por el artículo 34 de la mencionada norma, se financia con el aporte de la totalidad de las aseguradoras.

El porcentaje del aporte, se fijó inicialmente por medio del dictado del decreto Nacional N° 334/1996, el que en su art. 23, reglamentó el segundo párrafo del art. 34 de la LRT. El mismo se fijó en el 8 por mil sobre de los ingresos percibidos en concepto de cuota mensual a cargo del empleador, regulada en el artículo 23 de la LRT. Mediante el decreto 1022/2017, se modificó el porcentaje, elevándolo al 15 por mil.

El sistema de funcionamiento del fondo, no lo establece como un fondo solidario, sino como un fondo de pago solo con las reservas existentes.

Cabe aclarar que el FDR, no es una aseguradora de riesgos, no la suplanta, ni la reemplaza. El FDR solo debe responder por las obligaciones que se dejen de otorgar con motivo de la liquidación de una aseguradora.

La naturaleza jurídica del Fondo, es un tanto atípica. No es una persona jurídica, pues por sí no ha obtenido dicha calidad. Tampoco es un fideicomiso, puesto que no existen las figuras de fiduciante y fiduciario, necesarias para la constitución de una figura jurídica de ese tipo, y mucho menos un beneficiario final del obtenido del fideicomiso.

La ley, al momento de crearla, no ha ido más allá que identificar la existencia del fondo, el objeto y su fin, determinando cuál es el ente que lo administrará para cumplir con el objeto.

No resultaría equivocado afirmar que el FDR, es en sí un fondo de afectación, que está allí dispuesto para cubrir una contingencia no necesaria del sistema y que mes a mes se acumula con un fin preventivo. Luego, sucedidas las eventuales liquidaciones se utilizan sus fondos para hacer las erogaciones correspondientes.

El fondo, por ley, debe ser administrado por la Superintendencia de Seguros de la Nación, pero ello no implica que sea dicho ente el encargado de otorgar las prestaciones por sí, puesto que debido a nu-

merosas causas, la SSN, no tiene presencia en todo el país de modo de poder brindar atención urgente en caso de accidentes.

Por otro lado, no es el objeto del ente en cuestión, convertirse —en cuanto al otorgamiento de prestaciones— en una aseguradora de riesgos, ya que en tal caso, esa actividad excedería no solo su objeto, sino que produciría una suerte de incompatibilidad entre su fin y el fin específico requerido a las aseguradoras.

El fondo no realiza actividad comercial ni de seguros, no obtiene un fin de lucro en su formación, está solo dispuesto para hacer pagos, por lo tanto no debería dársele trato de demandado o condenado.

## II. DIFERENCIA CON EL FONDO DE GARANTÍA

Si bien ambos fondos han sido creados con el mismo fin, que es el otorgamiento de las prestaciones pendientes de otorgar con motivo de una situación especial, su función se activa con supuestos diferentes.

El Fondo de garantía, actúa frente a la declaración de insuficiencia patrimonial del empleador, la que debe ser declarada judicialmente, mediante una acciónsumarísima y como consecuencia del intento infructuoso de hacer cumplir la sentencia condenatoria que determine la obligación de pago por parte del empleador.

El mismo, es administrado por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, que en ese caso es la responsable del pago de las prestaciones dejadas de otorgar.

El alcance de la obligación de dicho fondo, ha sido reglamentado mediante el Art. 19 inc. 5 del decreto nacional N° 334/1996, que establece que alcanza al monto de las prestaciones, excluyéndose expresamente los intereses, costas y gastos causídicos.

## III. ¿CÓMO SE ADMINISTRA EL FONDO DE RESERVA?

Como se expuso, la Superintendencia de Seguros de la Nación, tiene a su cargo la administración del FDR. Es su responsabilidad dar cuenta de los gastos efectuados con esos fondos y por consiguiente, es su responsabilidad la forma en que se los eroga.

Ahora bien, dicho ente, no tiene en su objeto la obligación de otorgar prestaciones, ya que la creación del FDR, es muy posterior a la formación de la Superintendencia, por ello, no era una situación prevista *ab initio*.





Por ello, desde su creación, la SSN ha licitado el gerenciamiento en el otorgamiento de las prestaciones a cargo del fondo, y el gerenciamiento de los planteos judiciales. En el llamado a licitación de dicha tarea, se cita a Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, autorizadas por la SSN, y que cumplan determinados requisitos.

La utilización de la figura del gerenciamiento, ha suscitado también mucha discrepancia en la Jurisprudencia local, ya que cabe aclarar que es una figura propia del derogado código de comercio, en el que se identificaba a la figura del gerente o factor del negocio.

No es este el caso, puesto que aquí se licitan dos tipos de tareas.

Una primera tarea, que debe ser realizada en la etapa conocida como etapa administrativa, y es la recepción de denuncias y otorgamientos de prestaciones hasta la finalización del tratamiento. En esta etapa, las prestaciones médicas, en especie y dinerarias son brindadas directamente por la aseguradora contratada, a fin de otorgar las mismas con la mayor celeridad posible.

Otorgada el alta, y una vez que comisión médica determine el eventual porcentaje de incapacidad a indemnizar, la gerenciadora es la encargada de hacer el pedido a la SSN a fin que dicho ente proceda a remitir el dinero correspondiente al pago.

Ante una eventual etapa judicial, en aquellos casos que la aseguradora deba ejercer la representación de la SSN, la función consiste en la defensa de los intereses del fondo y luego, ante una eventual sentencia condenatoria, hacer el pedido de fondos correspondiente, los que son remitidos por la SSN, previo trámite ante la liquidación a fin de corroborar que esos créditos no hayan sido reclamados en el expediente de la liquidación.

El papel de la aseguradora en esta instancia es la de efectuar a la SSN los pedidos de fondos correspondientes, no debiendo brindar las prestaciones por sí y luego repetir. No obstante, el criterio en la jurisdicción local es diverso y no coincidente.

## IV. ¿CUÁLES SON LAS PRESTACIONES A CARGO DEL FONDO?

El artículo 34 de la Ley que lo crea, solo establece el objeto final del Fondo de Reserva, “con cuyos recursos se abonarán o contratarán las prestaciones a cargo de la ART que éstas dejarán de abonar como consecuencia, de su liquidación”.

Podría criticarse la técnica legislativa en cuanto a la inexacta delimitación del objeto a cargo del fondo, pues a raíz de dicha vaguedad la jurisprudencia no ha sido uniforme sobre la interpretación del límite respecto del cual se encuentra obligado el fondo.

Ahora bien, quizás un correcto análisis del concepto de prestaciones, debe tener en cuenta el contexto donde ha sido utilizado, y para entender que límite le ha querido dar el legislador, conveniría situarse en la definición de prestaciones que efectúa la propia ley, para así delimitar el objeto obligacional del Fondo.

En ello, los capítulos cuarto y quinto de la LRT, son claros en cuanto a cuales son las distintas prestaciones que prevé la ley. En ese marco, las distingue entre dinerarias y en especie. A las primeras, las clasifica en prestación por ILT, ILPP e ILPT, y a las segundas, las determina de manera expresa, de modo que no queden dudas al respecto.

Las prestaciones en especie y las que se encuentran en instancia previa a la judicial, no revisten mayor análisis, puesto que deben ser brindadas de manera inmediata por parte del FDR a través de la aseguradora a la que se le adjudica la licitación.

Las judiciales en cambio, suscitan las mayores discrepancias, puesto que allí conviene tener en cuenta las distintas situaciones.

En aquellos pleitos que se encuentran sentenciados con condena a la fallida, corresponde extender la condena al FDR, puesto que si bien la obligación del fondo de asumir el pago de las prestaciones pendientes es legal, no es menos cierto que procesalmente debe extenderse la condena, puesto que como antes he aclarado, el fondo no asume la misma posición ni reemplaza a la fallida, sino que debe otorgar las prestaciones pendientes.

La extensión es necesaria, porque no puede exigírsele coercitivamente el cumplimiento de una obligación a quien no ha sido condenado, y sobre todo porque en la extensión debe delimitarse que obligaciones se extienden.

En los pleitos en trámite, se cita al FDR a fin que comparezca y prosiga en las actuaciones y en muchas situaciones, se cita además a los liquidadores designados por la SSN en el momento de revocar la autorización y ordenar la liquidación de la aseguradora. Esa citación no es uniforme en nuestra jurisdicción, ya que no todos los juzgados la realizan.

## V. ¿QUIÉN DEBE ABONAR LAS COSTAS Y GASTOS DE LOS PLEITOS?

Vía jurisprudencial, se ha extendido la responsabilidad del fondo a aquellos rubros no incluidos en el concepto de prestaciones, como son las costas y gastos del pleito, lo que por supuesto excede el objeto para el que se creó el fondo, mediante el Art. 34 de la LRT.

Sucede que normalmente cuando una aseguradora es liquidada, en su cartera pasiva tiene pendientes tanto prestaciones en instancia administrativa, como los pleitos sin resolución, incluso pleitos en los que ha resultado condenada y no se ha satisfecho la acreencia del trabajador.

Así, encontramos que en material judicial, numerosas sentencias extienden la responsabilidad del FDR a las indemnizaciones por incapacidad de tipo laboral, permanente y definitiva, pero a ello le agregan las costas y gastos del pleito, por considerar que los mismos resultan accesorios de la obligación principal.

Es el criterio seguido por el Excmo. Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, el que se ha plasmado en numerosos fallos. No es un criterio expreso o que haya sido explicado mediante el fundamento de un fallo, sino que frente a una casación presentada por la aseguradora pidiendo la exclusión de las costas del pleito, el máximo tribunal provincial resolvió que la exclusión de las costas no surgía del texto de la norma. Cabe aclarar que de la lectura del mencionado artículo –único de la ley– tampoco surge la inclusión.

A su vez, hay juzgados que entienden que la obligación del fondo alcanza incluso a los honorarios judiciales que dejan de percibir los letrados apoderados de la aseguradora liquidada, que normalmente representan a una aseguradora en base a un contrato de locación de servicios profesionales, de estricta naturaleza Civil y Comercial.

El 12 de diciembre de 2017, el poder ejecutivo nacional dictó el decreto N° 1022/2017, por medio del cual se modificó el art. 22 del Decreto N°







334/1996, y por medio del cual, se excluyó expresamente de las obligaciones del Fondo de Reserva, a las costas y gastos causídicos.

La norma ha sido objeto cuestionamientos sobre su constitucionalidad, la jurisprudencia de la Excma. Cámara del Trabajo de la ciudad de Córdoba, no es unánime en cuanto a si la norma resulta aplicable o no, y en su caso, a los casos iniciados con anterioridad o posteriores al dictado de la norma.

## **VI. ¿CUÁLES ASEGURADORAS HAN SIDO LIQUIDADAS?**

Mediante la resolución de la SSN N° 31.355/2016, se dispuso la inmediata inhibición de bienes y liquidación de Luz Aseguradora de Riesgos del Trabajo. El trámite judicial ha sido radicada en el Juzgado Comercial N° 23, Secretaría N° 45 de la C.A.B.A.. Esta aseguradora fue liquidada de manera voluntaria.

La resolución N° 31.783/2007, dispuso la liquidación forzosa de Responsabilidad Patronal Aseguradora de Riesgos del Trabajo, y se radico el expediente judicial falencial en el Juzgado Civil y Comercial N° 4 de La Matanza, Provincia de Buenos Aires.

Interacción Aseguradora de Riesgos del Trabajo, fue liquidada por mediante la resolución N° 39993/2016 y en el Juzgado Comercial N° 8, Secretaría N° 16, de la C.A.B.A. se ha radicado el expediente liquidatorio.

En estos tres casos, una vez firme la resolución liquidatoria, la aseguradora contratada ha tomado participación en su carácter de representante de la Superintendencia de Seguros de la Nación, a fin de otorgar las prestaciones pendientes.

Recientemente, la SSN ha dictado la resolución N° 359/2018 se produjo la liquidación de ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO LIDERAR S.A.. La situación de esta liquidación es un tanto más compleja que las anteriores, puesto que la aseguradora ha apelado no solo la resolución liquidatoria, sino también dos anteriores que tendrían relación con la decisión final. Dichas apelaciones se tramitan actualmente por ante la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, bajo los expedientes N° 888/201/, 1634/2018 y 8647/2018.

Dado que dicha liquidación aún no se encuentra firme, es que el fondo de reserva no ha intervenido otorgando prestaciones, ni en los pleitos pendientes, puesto que la aseguradora Liderar no ha perdido aun su legitimación procesal.



## VII. INTERESES JUDICIALES

Los intereses no han despertado menos controversia que el resto de los aspectos analizados en el presente artículo, puesto que en nuestra jurisdicción al menos existen diversidad de criterios al respecto.

Mediante la resolución conjunta dictada por la SSN (29.773/04) y la SRT (233/2004), se dispuso que en aquellos casos en los que el Fondo de Reserva deba abonar intereses, serán actualizados mediante la aplicación de los coeficientes de las tasas pasivas derivados de la Comunicación "A" 14.290 del Banco Central de la República Argentina.

Dicha resolución conjunta, establece además que dicha tasa, deberá ser calculada desde que cada suma fue exigible al Fondo hasta haber sido debidamente notificada la puesta a disposición de tal suma al beneficiario o abonada la prestación.

Ese parámetro, ha sido parcialmente reconocido por nuestro excelentísimo tribunal superior de Córdoba y digo parcialmente, porque lo reconoce y aplica, solo que en la generalidad de los casos, determina que esa actualización debe ser realizada desde la interposición de la demanda.

No obstante el criterio establecido por el tribunal cime-ro de la provincia, se han dictado numerosos fallos con distintas variantes. En efecto, hay soluciones que no aplican la resolución conjunta ni el criterio del tribunal, sino que aplican el precedente "Hernandez"; otros que en cambio, la aplican de forma mixta, es decir, que aplican "Hernandez" hasta el día de la liquidación y desde allí, solo tasa pasiva. Una tercera forma, minoritaria por cierto, aplica tasa pasiva solo, pero desde la fecha de PMI denunciada o accidente en su caso.

## VIII. RESUMEN

La intervención del FDR, es una circunstancia no deseada, puesto que como se expuso, es un remedio que creo la ley para una situación falencial y de insuficiencia, como una medida para asegurar el otorgamiento de prestaciones a los damnificados. En ese marco, resulta conveniente tener en cuenta que su fin, a diferencia de una aseguradora, no es la obtención de un lucro sino el cumplimiento de una obligación que dejó de cumplirse por falta de fondos para hacerlo. La figura en sí, reconoce más su función en el aspecto de la ley ligado a la Seguridad Social, que en la propia ley de seguros, y sin duda se creó teniendo en cuenta que la totalidad de los casos, resultarían ser prestaciones correspondientes a consecuencias dañosas en la salud del trabajador.

No es menos cierto, que pese a ser una figura de emergencia, no ha recibido la correcta determinación por ley de su funcionamiento, y es lo que produce luego soluciones judiciales diversas, creando sin dudas inequidades, puesto que si la ley da lugar a la existencia de dos o más criterios diferentes en cuanto al monto de la indemnización, necesariamente uno de ellos se ve perjudicado.

Estimo que la responsabilidad de esta situación, es de quien crea la ley y no de quien la aplica, puesto que lo novedoso de la figura y lo vaga en su delimitación, hace que día a día quienes participamos en este tipo de conflictos, hagamos juntos el mejor esfuerzo posible por obtener una solución favorable a los derechos de los trabajadores.



Juan Manuel Nieto<sup>1</sup>

# Una mirada constitucional **DEL DERECHO A LA**



en la relación laboral (\*)

---

<sup>1</sup> Abogado (UNC), Maestrando en "Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy" (Università Degli Studi Di Génova), Especializando en "Especialidad de Derecho Laboral" (UNC, UCC y UNL), Auxiliar en la Cámara Única del Trabajo de la Provincia de Córdoba, Miembro de la Comisión de Jóvenes Juristas de la AADTySS-Córdoba.

\* Trabajo ganador del premio Antonio Vazquez Vialard en las Jornadas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social del Centro de la República, año 2017

## I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

En el año 2015 la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba dicta un interesante fallo en los autos “CARNERO, LUIS ALBERTO S/ EJECUCIÓN DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD - RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD”. Si bien esta resolución nada tiene que ver con la cuestión laboral, retoma una distinción dada varios años antes por el iusfilósofo Carlos Nino en relación al derecho a la privacidad y el derecho a la intimidad, y que resulta oportuno traer a colación.

En la mencionada sentencia el máximo tribunal provincial advierte que, si bien tanto el derecho a la privacidad como el derecho a la intimidad protegen la autonomía individual de las personas, ambos proyectan aspectos diferentes de ese valor. Privacidad parece referirse a aquellas acciones privadas de las personas que no dañan a terceros. En tanto entiende por intimidad a aquella esfera personal exenta del conocimiento de los demás.

Adentrándome ya en la relación laboral, resulta oportuno recordar que el trabajador -en tanto persona humana- es poseedor de un cúmulo de derechos reconocidos por su mera condición de tal. Al ingresar al ámbito del trabajo adquiere nuevos derechos y deberes vinculados con las características propias de la relación laboral. Ello sin que implique desconocer los derechos previamente reconocidos a nivel constitucional, por los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución, y por las demás normas de nuestro ordenamiento jurídico interno. Es decir que -aun en una relación entre particulares, como lo es el contrato de trabajo- existe una obligación de respeto de los derechos humanos.<sup>2</sup>

Existen diversas facultades otorgadas al empleador y que en muchos casos hacen al ejercicio de su derecho constitucional a la propiedad y a la libertad de industria. Estos derechos patronales encuentran su límite más evidente en la propia reglamentación laboral. Sin embargo, otras veces los límites al ejercicio de los derechos del empleador deben buscarse en los derechos que posee el trabajador por su condición de persona humana, más allá de su posición contractual con el empleador.

Tal es el caso de las facultades de control que ejerce el empleador en el ámbito de trabajo. Estas facultades, si bien se encuentran limitadas por la propia normativa laboral, encuentran en primer término una frontera de origen constitucional: el derecho a la intimidad y a la privacidad del trabajador.

A este escenario se le sumó la aparición de “nuevas tecnologías” al alcance de este control patronal, lo que generó diversas preocupaciones entre los laboralistas. Esto revivió, además, debates doctrinales en torno a los límites del empleador a la hora de aplicar controles sobre sus dependientes, y a la capacidad de la normativa laboral para adaptarse a estos cambios.

Sin embargo, ni estas tecnologías son ya tan nuevas, ni nuestro derecho tan arcaico como para no poder regularlas. Es aquí a donde parece necesario tomar la teoría de Carlos Nino -como lo hace el Tribunal Superior de Justicia en el fallo mencionado- e indagar sobre ciertos derechos constitucionales, para así poder determinar el alcance que éstos tienen y su proyección dentro del vínculo laboral, y establecer ciertos parámetros de análisis dentro del cual deben ejercerse las facultades de control empresarial. Creo que de esta distinción es posible obtener, no solo un análisis más acertado sobre el objeto de estudio abordado, sino también un abanico de herramientas mayor para la defensa práctica de los derechos de los trabajadores.

## II. PRIMER ACERCAMIENTO AL DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PRIVACIDAD

El derecho a la privacidad y el derecho a la intimidad tienen origen constitucional. Éstos se encuentran dentro de los denominados comúnmente como derechos de “primera generación”. Aunque desde el derecho del trabajo solemos recurrir con mayor frecuencia a la protección jurídica nacida en los llamados derechos de “segunda generación” (derechos sociales, económicos y culturales), no debemos descuidar el estudio de los derechos civiles y políticos, y la incidencia de éstos en las relaciones laborales.

Si bien nuestro ordenamiento jurídico no define expresamente el derecho a la intimidad ni el derecho a la privacidad, la jurisprudencia y la doctrina de nuestro país han elaborado algunas definiciones que intentan esclarecer el alcance de los mismos. Pero, algunas veces, estos intentos doctrinarios oscurecen más de lo que aclaran. Más de una vez estas nociones suelen confundirse, provocando una pérdida de fuerza normativa en la protección constitucional de dos derechos que, si bien se encuentran muchas veces relacionados entre sí, resultan ser distintos.

Para dar algunos ejemplos de lo afirmado, voy a tomar dos definiciones elaboradas por la doctrina -por un lado- y por la jurisprudencia de nuestro máximo órgano jurisdiccional -por el otro-, ambas muy difundidas y retomadas en diversos estudios sobre este tema. Santos Cifuentes, al referirse al derecho a la intimidad, dice que estese trata de “[...] el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a la vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos [...]”<sup>3</sup>. En un sentido similar, se encuentra la definición dada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el famoso caso Ponzetti de Balbín, cuando dice que

<sup>2</sup> Arese, Cesar, “Derechos Humanos Laborales: teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo”, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2014, pág. 32

<sup>3</sup> Cifuentes, Santos, “El Derecho a la vida privada-Tutela de la Intimidad”, La Ley, 2007, citado por: Becerra, María del Carmen y Zárate, Pedro Daniel, “Intimidad y Privacidad en Entornos Digitales luego de la Reforma del Código Civil”, SID 2015, 1º Simposio Argentino de Informática y Derecho.







*"[...] el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento [...]"*<sup>4</sup>

Dentro de lo que la doctrina denomina genéricamente derecho a la intimidad -en el caso de Cifuentes- o derecho a la privacidad -en el Caso de la Corte Suprema-, se pueden distinguir dos clases de bienes tutelados. Si bien estos bienes muchas veces son confundidos en su tratamiento, resulta importante diferenciarlos para poder analizarlos adecuadamente. Se trata del derecho a la intimidad, por un lado, y del derecho a la privacidad, por el otro. Ambos, partes integrantes de la denominada dignidad de la persona humana. Cada uno de estos derechos cuenta con una finalidad y un contenido propio.

Siguiendo a Carlos Nino,<sup>5</sup> y compartiendo su siempre clara visión de los derechos constitucionales, se puede decir que estos dos bienes tienen no sólo orígenes históricos diferentes sino que también poseen distinta naturaleza, lo cual muchas veces no es adecuadamente tratado por la doctrina. Esto nos obliga a realizar la siguiente distinción.

## II.1. EL DERECHO A LA PRIVACIDAD

Al hablar de derecho a la privacidad, me refiero a las "acciones voluntarias de los individuos que no afectan a terceros".<sup>6</sup> Se trata de aquellas acciones de las personas que, externalizadas o no, se encuentran relacionadas con su "zona de reserva

personal"<sup>7</sup>, a aquellos aspectos de vida relacionados con la autonomía del ser humano. Este derecho encuentra su origen en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional<sup>8</sup>, y forma parte de la tan celosamente custodiada autonomía de los individuos. Autonomía que se presenta como un límite frente al actuar del Estado.

Aunque a primera vista pareciera que al tratarse de acciones privadas, nos estamos refiriendo a aquellas que escapan o deberían escapar de la publicidad de terceros, resalta Nino que este derecho no se refiere a lo "privado", como expresión contraria a lo que es de conocimiento público.<sup>9</sup> Se refiere, por el contrario, a la noción de moral privada como un límite que los individuos poseen frente a la noción de la moral pública y al actuar del Estado como guardián de la misma. Se puede observar que el autor ubica -correctamente a mi entender- a este derecho en el marco de la discusión dada por los liberales clásicos en torno a la moral privada vs. la moral pública. Es decir que, cualquier intento de imposición de una moral pública - o moral privada de un tercero - sobre la moral privada de un individuo, traería aparejado una intromisión indebida sobre su autonomía personal.

Para los pensadores liberales de nuestra carta magna, la principal amenaza a la privacidad de los ciudadanos se encuentra en la concentración de poder público en manos del Estado. Pero no menos cierto es que este derecho también puede verse afectado en el ámbito de las relaciones interpersonales.

En nuestra forma de organización política, el Estado es el único que se encuentra empoderado como detentador de una facultad única de defensa del orden y la moralidad pública, siempre con el límite establecido en la privacidad de los ciudadanos. A partir de ello, es posible afirmar que si la regla es que el Estado no se encuentra facultado a interferir en este ámbito privado alegando razones de moralidad pública, mucho menos podría hacerlo un individuo particular alegando razones de su propia moral privada.

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida, S.A.", 11/12/1984

<sup>5</sup> Nino, Carlos Santiago, "Fundamentos del Derecho Constitucional", 4ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2013.

<sup>6</sup> Ibidem, pág. 304

<sup>7</sup> Bidart Campos, German J. "Manual de la Constitución Reformada" Tomo I, 5ª reimpresión, Ediar, Buenos Aires, 2006, pág. 522

<sup>8</sup> Constitución de la Nación Argentina art. 19: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados"

<sup>9</sup> Nino, Carlos Santiago, Op. Cit., pág. 304

Sin embargo, este espacio de protección personal encuentra una excepción que justifica intervenciones externas. Se trata de los casos en que estas acciones produzcan algún perjuicio a terceros.

Siguiendo esta línea de razonamiento, y llevándola al ámbito que nos ocupa, se puede afirmar que el empleador no puede interferir en el ámbito de privacidad de sus dependientes. Ello siempre y cuando no se encuentre justificada su intromisión por considerarse perjudicada por la acción de estos últimos. Pero este perjuicio no puede estar referido a una ofensa a su moral privada, sino que debe tratarse de un actuar dañoso concreto.<sup>10</sup> A su vez, esta intromisión siempre se encontrará justificada en circunstancias muy limitadas y excepcionales, porque las facultades que posee un empleador se encuentran relacionadas solo con aquellas referidas al contrato laboral.

## II. 2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

La intimidad, en cambio, se trata de aquella esfera personal que se encuentra exenta del conocimiento de los demás.<sup>11</sup> Es aquel ámbito de la vida que una persona no quiere que sea conocido por otros, y que puede abarcar cuestiones como su imagen, su cuerpo, sus pensamientos, sus conversaciones, su correspondencia (en papel o electrónica), y diferentes aspectos de su vida y la de su familia.

Este derecho referido a la facultad de repeler del conocimiento e intrusión de terceras personas diversos aspectos de su vida, se encuentra disgregado en todo nuestro ordenamiento jurídico. Lo podemos encontrar en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional cuando declara la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados. Así también en los tratados internacionales que forman parte del llamado “bloque de constitucionalidad”, como por ejemplo el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas al proteger diferentes aspectos de la vida de las personas o de su familia, su domicilio o su correspondencia.

Asimismo, diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico reglamentan este derecho en diversos aspectos, como el Código Civil y Comercial de la Nación en sus artículos 51, 52 y 53, o la ley 25.326 de Ley de Protección de Datos Personales. Por último, también encontramos dentro de nuestro sistema federal que el mismo se encuentra protegido por diversas normas de carácter local.<sup>12</sup>

Este derecho a la intimidad, como cualquier otro derecho, no puede entenderse en términos absolutos. Por el contrario, se puede afirmar que este

<sup>10</sup> Cfr. Con Nino, Carlos Santiago, *Op.Cit.*, pág. 317

<sup>11</sup> Bidart Campos, German J., *Op. Cit.*, pág. 522

<sup>12</sup> Por ejemplo, podemos citar a la Constitución de la Córdoba que en su artículo 19 nos dice que todas las personas en la Provincia gozan del derecho: “Al honor, a la intimidad y a la propia imagen”





debe ceder –como cualquier otro derecho- cuando una reglamentación normativa razonable así lo disponga. Y a su vez, podemos pensar en dos posibles situaciones en donde la protección a la intimidad también podría encontrar una disminución:

- **a)** Cuando el propio individuo preste consentimiento a que terceros puedan tener acceso a determinados aspectos de su vida. Este consentimiento puede ser expreso o tácito. Esto dependerá del aspecto de la intimidad que se trate y de las circunstancias en que el mismo sea prestado. Así por ejemplo, respecto al derecho a la propia imagen, el art. 53 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que -para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona- es necesario su consentimiento en forma expresa. Respecto al consentimiento tácito, su interpretación deberá ser siempre restrictiva. Deberá prestarse especial atención a las circunstancias en que el mismo se produce, y a los factores que excluyan cualquier presunción de consentimiento.
- **b)** Cuando se encuentre frente al derecho de un tercero que merezca una protección prioritaria (como podría ser el caso del derecho a la propiedad del empleador). Esta última causal pareciera ser la más problemática por lo amplio de su formulación. Por ello considero oportuno elaborar algunas preguntas a los fines de determinar en qué situaciones este derecho debe ceder frente a otros derechos, y que serán útiles al momento al analizar la protección del derecho a la intimidad en el ámbito del trabajo. Se puede mencionar las siguientes: ¿Cuál es el propósito de buscar una información personal? ¿Es ese propósito legítimo e importante? ¿Es la invasión a la intimidad el único medio o el menos ofensivo para obtener ese conocimiento? ¿Qué restricciones procedimentales se ha impuesto para la obtención de ese conocimiento?<sup>13</sup>

Efectuada esta primera distinción, es necesario adentrarse en el estudio de los derechos y deberes de las partes de la relación laboral. Y con ello, intentar determinar cómo estos derechos pueden verse afectados -o no- ante el uso de las facultades de control que las leyes laborales le otorgan al empleador.

### III. LAS FACULTADES DE CONTROL POR PARTE DEL EMPLEADOR

Las facultades de control se relacionan directamente con la potestad de organización y dirección de las que goza el empleador, las que a su vez son consideradas una derivación de los derechos constitucionales a la propiedad y a la libertad de industria (arts. 17 y 14 de la CN). Las mismas se encuentran expresamente reguladas en la ley 20.744.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Cfr. con Nino, Carlos Santiago, op. cit. En nota 4, pág. 329

<sup>14</sup> Ley de Contratos de Trabajo 20.744, Arts. 64 y 65

Los artículos 70 y 71 de dicha norma otorgan al empleador la facultad de ejercer dos clases de controles:

- **a)** aquellos destinados a la protección de los bienes del empleador<sup>15</sup>, y;
- **b)** los relativos a la actividad del trabajador<sup>16</sup>.

En el primer caso debemos entender que la norma se refiere a controles destinados a evitar un daño en los bienes de la empresa. Es que decir que su ejercicio debe tener una finalidad preventiva. Esta cuestión no parece menor, ya que una vez producido un daño material (por ejemplo, uno ocasionado por el actuar de un trabajador), no estaríamos hablando de protección sino de otro tipo de medidas de aplicación posterior en el tiempo. Y si pensamos en medidas destinadas a la investigación penal, u orientadas a la reparación del daño, éstas sólo podrían ser dispuestas en forma conminatoria por disposición del poder estatal. Resultaría ilógico entender que el empleador se encuentra facultado a realizar un allanamiento en el domicilio del trabajador en busca de bienes que le fueron sustraídos.

El segundo de los supuestos, referido al control de las actividades de los trabajadores, fue incorporado expresamente por la reciente reforma a la Ley de Contratos de Trabajo en su art. 71.

En su anterior redacción dicho artículo sólo hablaba en forma genérica de “todos los casos”, en referencia a los sistemas de control empresarial. De todas formas, varios autores entendían que esta facultad de control funcional sobre los dependientes era una consecuencia lógica del derecho de dirección empresarial, aunque no se encontrara mencionada en la facultad de control del art. 70. Así lo mencionaba Fernández Madrid al decir que: “El control empresarial de la actividad del trabajador, destinado a perjuicio de la producción o a determinar el adecuado cumplimiento de las tareas, es una facultad más de las que integran el poder de dirección del empresario [...]”.<sup>17</sup> Lo cierto hoy es que la redacción actual de la norma las menciona expresamente, dejando de lado toda duda al respecto.

Ahora bien, dicha facultad no podría ir nunca más allá de lo que la norma menciona. Esto nos lleva al problema de delimitar el alcance de la frase “relativos a la actividad del trabajador”. Si bien la redacción de la última reforma legislativa no es lo suficientemente precisa que podría haber sido, parece acertado afirmar que se refiere a controles estrictamente relacionados con las tareas realizadas por los dependientes cuando estos se encuentren en situación de trabajo.

De lo contrario, estaríamos facultando al empleador a realizar controles sobre aspectos de la vida

<sup>15</sup> Ley de Contratos de Trabajo 20.744, Art. 70: “Los sistemas de controles personales del trabajador destinados a la protección de los bienes del empleador deberán siempre salvaguardar la dignidad del trabajador y deberán practicarse con discreción y se harán por medios de selección automática destinados a la totalidad del personal. Los controles del personal femenino deberán estar reservados exclusivamente a personas de su mismo sexo.”

<sup>16</sup> Ley de Contratos de Trabajo 20.744, Art. 71: “Los controles referidos en el artículo anterior, así como los relativos a la actividad del trabajador, deberán ser conocidos por éste.”

<sup>17</sup> Fernández Madrid, Juan C. “Límites al derecho del empleador a efectuar controles personales al trabajador”, en “Doctrina Laboral” Tomo IV no. 62, Errepar, 1990, pág. 670.



del trabajador ajenos al ámbito del trabajo, lo cual, como se verá más adelante, vulneraría derechos de éste último. Ello es así, porque estas facultades de control deben considerarse como parte del derecho de dirección. Y la propia normativa laboral nos dice que éste deberá ejercerse *“atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción”*<sup>18</sup>.

### III. 1. LOS LÍMITES A LA FACULTAD DEL EMPLEADOR EN LOS CONTROLES DESTINADOS A LA PROTECCIÓN DE SUS BIENES

La ley laboral menciona algunos límites y condicionamientos a estas facultades de control del empleador. El artículo 70 de la ley 20.744 nos dice que los mismos *“deberán siempre salvaguardar la dignidad del trabajador, deberán practicarse con discreción y se harán por medios de selección automática destinados a la totalidad del personal”*. Aunque la mención a la dignidad del trabajador puede parecer redundante -por encontrarse está protegida por diversas normas a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico-, podría también considerarse acertado mencionarla en este caso en particular, por lo sensible que puede ser para la persona del trabajador el ejercicio de esta clase de controles patronales.

En este punto me permito distanciarme de lo manifestado de algunos doctrinarios, en cuanto afirman que el ámbito de protección de la dignidad del trabajador deberá ser determinado por los jueces en los casos concretos,<sup>19</sup> ya que éstos derechos tienen un claro origen normativo y un alcance determinado. Y si la privacidad y la intimidad son dos bienes protegidos constitucionalmente, y cuya afectación por parte de terceros sólo podrá justificarse en determinadas circunstancias excepcionales, cualquier sistema preventivo de protección de bienes que establezca el empleo deberá ser analizado dentro de éste ámbito de protección.

Respecto al derecho a la privacidad, oportunamente mencionamos que éste solo admite intromisiones cuando las acciones de un individuo afecten a terceros. A su vez, intenté dejar en claro que estas acciones no pueden referirse a meras ofensas a la moral privada del afectado, sino que debe tratarse de un actuar dañoso concreto.

En este sentido, considero que la averiguación de antecedentes penales de los dependientes, o cualquier clase de estudio psicológico o toxicológico con carácter preventivo, parecieran resultar desmedidos. Ya que aquellos aspectos de la vida privada de un trabajador -aunque pudieran ser reprochables desde la moral privada del empleador- no le provocan a éste un daño, o lo afectan de una forma tal que pudiera justificar su intromisión. Y ello es así, aun cuando se contara con el consentimiento del propio

trabajador, porque el consentimiento puede resultar útil para justificar intromisiones en su intimidad, pero no para violentar su derecho a la privacidad. Es decir, el propio trabajador podría consentir un examen toxicológico, pero los resultados de este examen no podrían generarle consecuencias gravosas dentro de la relación laboral, siempre y cuando esto se mantenga dentro de su ámbito de privacidad.

Además de esto, vuelvo a resaltar que estas facultades de control deben tener un carácter preventivo, es decir que deben tener la finalidad de evitar que el daño llegue a producirse. Por consiguiente, un control posterior al actuar dañoso, -como por ejemplo aquel destinado a averiguar la autoría de un delito ya cometido- mediante requisas en las pertenencias del trabajador en su vehículo automotor, o controles sobre su actuar fuera del lugar de trabajo, resultarían inaceptables. Distinto es el caso del uso de captación filmica del lugar del trabajo, que si bien puede tener efectos *ex post facto*, su implementación podría ser dispuesta con anterioridad al hecho, y con una finalidad preventiva.

Ello no quiere decir que cualquier documentación obtenida por este medio pueda ser utilizada posteriormente como prueba para justificar un despido. Ya que el mecanismo de captación deberá ser sometido a un estricto análisis de protección de los derechos del trabajador para poder surtir efectos procesales. Como bien se señala en el fallo *“Carranza Elvio R. c/ Veizaga, José Luis”* de la Sala Segunda de la Cámara Única del Trabajo de la provincia de Córdoba, un medio probatorio que se haya obtenido en violación del derecho a la intimidad no puede ser tomado por el tribunal como medio de convicción<sup>20</sup>. Todo ello, sin perjuicio de las medidas posteriores que pudiesen ordenarse judicialmente en miras de investigar un delito u otro hecho dañoso en la propiedad del empleador.

En lo referido a la intimidad del trabajador, ya mencioné que la misma cede cuando existe consentimiento del individuo, y que este consentimiento puede ser expreso o tácito. Del mismo, este derecho puede ceder cuando exista otro derecho que merezca una protección prioritaria. Volviendo al ejemplo del uso de cámaras de video en el lugar de trabajo, se puede decir que existe cierto consenso en que éstas nunca podrían estar dispuestas en aquellos espacios en los que el trabajador considera como íntimos, y en los que no podría existir presunción de consentimiento tácito. Tal es el caso de baños, vestidores, u otros espacios similares.

Diferente es el caso de espacios comunes dentro del lugar de trabajo a donde, si bien puede no existir un consentimiento expreso del trabajador para ser filmado, se podría decir que en determinadas situaciones existe en un consentimiento tácito a que su imagen sea grabada en estos lugares.

20 Del voto de la Dra. Silvia Díaz en *“Carranza Elvio R. c/ Veizaga, José Luis”* de la Sala Segunda de la Cámara Única del Trabajo de la provincia de Córdoba, 10/11/2009: “[...] En el procedimiento laboral rige el principio de libertad probatoria, lo que supone que todos los medios de prueba son admitidos y su licitud se presume, sin embargo esta regla reconoce como excepción aquellos que hayan sido obtenidos de modo ilegítimo o que resulten lesivos de la dignidad, la libertad de la persona o de sus derechos fundamentales, tutelados por las normas constitucionales y legales. En el caso de autos el DVD en examen, conforma un medio probatorio obtenido subrepticamente, sin participación del señor Carranza, ni de un juez que la supla. De tal manera se incurre en una vulneración del derecho a la intimidad y de la garantía de defensa, que impide se lo evalúe como elemento de convicción [...]”

18 Ley de Contratos de Trabajo 20.744, Art. 65

19 Confalonieri, Juan Ángel, *“El control del trabajador por medio de cámaras de video”* en Pirolo, Miguel Ángel (director), *“Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho del Trabajo. Relaciones Individuales: textos completos”*, tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2011, pag. 883



Pero para esta última clase de consentimiento tácito, es necesario establecer un marco de análisis preciso que evite vulnerar fácilmente el derecho a la intimidad. Es por ello que resulta imprescindible que el trabajador tenga, como mínimo, conocimiento de las medidas preventivas tomadas por el empleador. Lo cual pareciera ser considerado de igual manera por el legislador, ya que la reciente modificación del art. 71 establece que este tipo de controles sobre el trabajador *“deberán ser conocidos por éste”*.

También se mencionó que el derecho a la intimidad podrá ceder cuando se encuentran en juego otros derechos, como el derecho de propiedad del empleador. Pero también afirmó oportunamente que este derecho sólo podrá ceder cuando el conflicto de derechos sea real y no meramente aparente, y cuando no exista otro medio a través de cual proteger preventivamente los bienes del empleador. A su vez, no cualquier intromisión a la intimidad se encontrará justificada, sino sólo aquella vinculada estrictamente con la finalidad protectoria de los bienes del empleados, y siempre y cuando su implementación no resulte gravemente ultrajante para la persona del trabajador.

Por ello, frente a la adopción de determinados mecanismo de control por parte del empleador corresponde hacernos la siguiente pregunta: ¿es el mecanismo adoptado el único medio o el menos ofensivo para obtener ese conocimiento? La respuesta a esta pregunta podría mostrarnos—por ejemplo—que el control sobre el bolso o la cartera de un trabajador o una trabajadora puede resultar excesivo si el empleador pudiera optar por medidas de seguridad menos ofensivas a la intimidad, como por ejemplo la disposición de lockers, para evitar el ingreso con estas pertenencias al lugar de trabajo.

Seguidamente, la norma menciona otros límites que no tienen relación con la intimidad o privacidad de los trabajadores, pero a los que me parece oportuno referirme sucintamente. El art. 70 de la LCT nos dice que estas medidas de control deberán “practicarse con discreción”. Si bien esta afirmación intenta establecerse como un límite al empleador, el uso de dicho término trae aparejada una consecuencia que poco tiene que ver con la finalidad de la normativa laboral. Ya que deja a consideración del propio empleador la prudencia que deberá tener en cuenta a la hora de establecer controles de esta clase. De todas formas, y a pesar de esta mala decisión legislativa, esta facultad nunca podría ejercerse en detrimento de los derechos del trabajador, por lo que dicha discrecionalidad parece no ser tal.

El referido artículo también menciona que estas facultades se harán *“por medios de selección automática destinados a la totalidad del personal”*. De esta forma deja en claro que la misma no puede estar dirigida a uno o varios trabajadores en concreto, ya que esto podría interpretarse como un acto de persecución más que de prevención de daños.

Finalmente, y en consonancia con la mentada protección a dignidad del trabajador, la ley establece que los controles del personal femenino deberán estar reservados exclusivamente a personas de su mismo sexo. Pero este coto legislativo no debe ser reducido a la literalidad de la norma ni llevado a extremos irrazonables. Dicha regulación no puede ser entendida sólo para el personal femenino, sino que resulta igualmente aplicable para el personal masculino. Asimismo, no cualquier control sobre un trabajador requeriría ser realizados por una persona de su mismo sexo, sino sólo aquellos que pudieran afectarla en su dignidad en caso de ser realizados por personas de diferente sexo. Se puede pensar, por ejemplo, en el control de personal de seguridad custodiando zonas a donde se deposita mercadería, o aquel realizado mediante el uso de las cámaras de seguridad en las puertas de salida del establecimiento, a donde el sexo del personal que ejerce el control no resulta relevante para la persona controlada.

### III. 2. LOS LÍMITES A LA FACULTAD DEL EMPLEADOR RELATIVOS A LOS CONTROLES SOBRE LA ACTIVIDAD DEL TRABAJADOR

Aunque la ley 20.744 hable genéricamente de aquellos controles referidos a la “actividad del trabajador”, éstos sólo pueden realizarse en lo que hace estrictamente a la facultad de dirección del empleador en el ámbito de trabajo, y no así en lo que hace a aquellas actividades extra laborales de los trabajadores.

Otra clara deficiencia legislativa puede verse cuando la norma establece las condiciones bajo las cuales podrá realizarse este tipo de control. Del texto del art. 71 de la LCT surge, al parecer, que el único requisito que debe cumplir el empleador a los fines de ejercer

un control sobre la actividad de sus dependientes, es que los mecanismos adoptados sean conocidos por éste.

Como ya se mencionó anteriormente, el conocimiento previo es una condición necesaria para considerar que el trabajador consiente, aunque sea tácitamente, una intromisión en su intimidad. Sin embargo, el conocimiento de los controles dispuestos por el empleador no hará presumir un consentimiento tácito del trabajador de por sí.

No podrá entenderse que existe tal forma de consentimiento cuando las circunstancias puedan poner al trabajador en situaciones que él considere "íntimas", o cuando el mecanismo de control adoptado exceda el alcance que el trabajador pudiera suponer que aquel tiene. En algunos casos el trabajador puede conocer los mecanismos de control establecidos por el empleador, pero considerar que mantiene cierto espacio de intimidad en base a determinadas circunstancias lo hacen suponer fundadamente que ello es así.

Algunos autores suelen traer a colación la teoría referida a las "expectativas de privacidad" -originada en la jurisprudencia norteamericana-, para referirse a esta suposición de intimidad por parte de las personas.<sup>21</sup> Nótese que dicha teoría habla de privacidad y no de intimidad, pero si entendemos que la distinción entre estos dos derechos existe efectivamente en nuestro ordenamiento jurídico, en realidad deberíamos mencionarla como "expectativa de intimidad", ya que la misma hace referencia al conocimiento -por parte de terceros- de aspectos personales.

Pueden mencionarse algunos ejemplos concretos que generan situaciones de presunción de intimidad. Como ser el caso de los controles efectuados sobre el correo electrónico laboral utilizado por el trabajador, o controles sobre la visita a páginas web externas no vinculadas con la actividad del trabajo, en donde la sola existencia de una contraseña de acceso personal, o el uso de una computadora en forma exclusiva, harían caer cualquier presunción de consentimiento tácito. Como se podrá notar, en nada influye la discusión sobre la titularidad de correo electrónico o del dispositivo desde el cual se accede a internet.

Otro ejemplo puede darse respecto al uso de mecanismos filmográficos de captación de imagen, ya que si bien el trabajador puede conocer de la existencia de cámaras en determinados lugares, esto no permitiría al empleador tener acceso a conversaciones privadas entre compañeros, o a las discusiones en asambleas de trabajadores en sus lugares de trabajo, ya que la captación de audios no suele ser necesaria en este tipo de sistemas de seguridad.

Además de esto, es necesario preguntarse si es el mecanismo adoptado es el único medio o si es el menos ofensivo para obtener ese conocimiento que pretende tener el empleador. Podremos advertir que el control sobre las páginas web visitadas por un trabajador, en uso de una computadora brindada con fines labora-

les, resulta excesivo si se tiene en cuenta que hoy en día una empresa puede evitar fácilmente -a través del uso de medios informáticos- el acceso a determinados sitios web externos en dichos ordenadores.

En el precedente "Pavolotzki" del año 2015, la Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo utiliza argumentos que van en ésta misma línea interpretativa. Se trata de un caso en el que los actores utilizaban teléfonos celulares brindados por la empresa empleadora para el desempeño de sus tareas. Pero también se encontraban autorizados a realizar y recibir llamadas particulares siempre que estas fueran a su cargo. La empresa empleadora dispuso la implantación de un nuevo sistema de control en dichos dispositivos, a través del cual tenía acceso a los movimientos que estos tuvieran mientras se encontraran encendidos, alegando que ello le permitiría optimizar las tareas de sus dependientes.

El tribunal resolvió hacer lugar al reclamo de los



trabajadores, entre otras cosas, por considerar que "[...] existió una inadmisibles intromisión en el esfera íntima y privada de los demandantes [...]"<sup>22</sup>. Para ello, consideró que el hecho de que los trabajadores pudieran utilizar los celulares antes y después de comenzada la jornada laboral, y que corriera por cuenta de ellos los gastos de su uso, los hacía suponer legítimamente que su uso formaba parte de su esfera íntima. Fundó también su decisión en la falta de razonabilidad de la medida adoptada, al decir que la empleadora no pudo justificar como este exagerado mecanismo de control, y de relevamiento de datos de tal magnitud, se relacionaban con la finalidad esgrimida.<sup>23</sup>

Respeto al derecho a la privacidad, cabe hacer algunos comentarios similares a los mencionados en oportunidad de tratar las facultades de control sobre protección de bienes. Si bien puede pensarse que algunas

22 Del voto del doctor Balestrini en Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IX. "Pavolotzki Claudio y otros c/ Fischer Argentina S.A.", 10/07/2015

21 Cfr. con García Vior, Andrea E. "La inviolabilidad relativa del correo electrónico" en Pirolo, Miguel Ángel (director), Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho del Trabajo. Relaciones Individuales: textos completos, tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 934

23 Cfr. Con CANFALONIERI, JUAN JOSÉ. "¿En control del trabajador por medio de tecnologías que posibilitan conocer su ubicación afecta su derecho a la intimidad? Nota al Caso Pavolotzki", Trabajo y Seguridad Social, no 5: 2016, pág. 292



acciones privadas de los trabajadores podrían derivar en consecuencias que afecten a su actividad en el ámbito de trabajo (como por ejemplo: inasistencias, falta de puntualidad, un mal desempeño en lo que hace a las tareas realizadas), difícilmente el empleador podría establecer mecanismos de control para estos casos que no vulneren el derecho a la privacidad.

Llegado el caso, el empleador podrá adoptar las medidas disciplinarias que considere necesarias cuando algunas de estas acciones privadas se exterioricen en faltas a los deberes laborales que debe cumplir el trabajador. Pero esto no lo habilitaría a establecer mecanismos de control que generen intromisiones en el derecho a la privacidad.

Esto hace caer cualquier afirmación que justifique controles destinados a evitar la falta de productividad ocasionada por las tareas de los dependientes. Por ejemplo, el uso irregular y excesivo del correo electrónico, y su consecuente falta de productividad, puede ser considerada un hecho dañoso constatable por el empleador que lo autorice a tomar medidas disciplinarias. Pero no por ellos a ejercer controles previos sobre las actividades de los trabajadores que aún no le han causado ningún perjuicio. Igual consideración podría hacerse para el caso en el que el trabajador es partícipe en la comisión de algún delito fuera del ámbito laboral, siempre y cuando esta situación no afecte de ninguna forma a la actividad del empleador.

Nuevamente, cabe destacar que el consentimiento no habilitaría a intervenir cuestiones que hagan a la privacidad de los trabajadores, ya que si bien el trabajador puede consentir el conocimiento por parte del empleador a determinados aspectos de su vida, y con ello sacarlas del ámbito de protección de la intimidad, esto no facultaría a este último a interferir con cuestiones que hagan a su privacidad.

Pensemos por ejemplo en el uso de las redes sociales. Es común que muchos empleadores tengan acceso a variadas cuestiones propias de la intimidad del trabajador cuando este último consiente su conocimiento (por ejemplo con una “aceptación de amistad” en Facebook, u otras redes sociales por el estilo). Sin embargo, esto no habilitaría a que un empresario efectúe un control de sus dependientes a través de estos medios: sobre sus actividades en horarios extra laborales, o sobre el consumo de alcohol u otras sustancias, etc.

Si bien el art. 71 de la LCT nada dice – en relación a los controles sobre las actividades de los dependientes- respecto las demás limitaciones que el art. 70 establece para las facultades de control relacionadas con la protección de los bienes, considero que algunas de ellas resultarían aplicables de igual modo para este tipo de controles.

Pensemos -por ejemplo- en la protección a la dignidad del trabajador, en donde el uso de mecanismos de control excesivos sobre las actividades que éste realiza, podrían tornar insoportables las condiciones de trabajo, o generarle presiones que pudieran afectarlo psicofísicamente. Es cierto que en este punto nos encontramos ante situaciones en las que la razonabilidad del medio de control empleado no es algo que pueda determinarse en forma sencilla. Es por ello que resulta oportuno hacerse la siguiente

pregunta: ¿Qué restricciones procedimentales se ha impuesto para la implementación de los mecanismos de control? Esto es lo que intentaré dilucidar en el punto que sigue a continuación.

## IV. EL CONTROL SOBRE LOS MECANISMOS DE CONTROL DEL EMPLEADOR

Como mencioné al tratar el derecho a la intimidad, una de las preguntas que considero pertinente hacerse a la hora de analizar los sistemas de control implementados por el empleador, es la siguiente: ¿Qué restricciones procedimentales se ha impuesto para la obtención de ese conocimiento? Una adecuada protección de los derechos de privacidad e intimidad, exige también tener en cuenta cuáles son los controles a los que debe estar sujeto el empleador cuando decide utilizar este tipo de mecanismos.

Con anterioridad a la reforma que la ley N° 27.322 vino a hacer sobre el art. 71, la LCT establecía un doble sistema de control sobre los mecanismos de monitoreo impuestos por empleador. Uno de ellos se efectuaba al momento de su implementación, ya que el art. 71 -en su anterior redacción-<sup>24</sup>, establecía que estos debían ser puestos en conocimiento de la autoridad de aplicación. Aunque la norma no requería la aprobación de la autoridad de aplicación, entiendo que esta obligación patronal no se establecía como una mera formalidad de comunicar los mecanismos implementados, sino que la finalidad de ésta era posibilitar que la autoridad realice una evaluación preventiva de los mismos.

El otro control es el que establece el art 72 cuando faculta a la autoridad de aplicación a verificar los sistemas de control empleados por la empresa, para que estos no afecten a la dignidad del trabajador. Se trata, a mi entender, de un control sobre *el funcionamiento* de estos mecanismos que *ya se encuentran* implementados por la empresa.

La reciente reforma legislativa sustituye esta obligación patronal de poner en conocimiento de la autoridad de aplicación las medidas de control adoptadas, y lo reemplaza por la puesta en conocimiento de las mismas al trabajador. La solución adoptada por el legislador no resulta adecuada por diferentes razones que procederé a desarrollar.

Como bien es sabido, el Derecho del Trabajo se constituye sobre la premisa de la desigualdad entre trabajador y empleador. Es lo que la doctrina denomina “*hiposuficiencia del trabajador*”, y lo que justifica limitar la autonomía de la voluntad de las partes contratantes en pos de proteger los derechos del dependiente. Tal afirma-

<sup>24</sup> El texto del art. 71 de la Ley 20.744 en su anterior redacción decía: “Los sistemas de control, en todos los casos, deberán ser puestos en conocimiento de la autoridad de aplicación”.

ción surge como consecuencia de la débil posición que ocupa el trabajador en la relación laboral, y a causa de ello, la imposibilidad de oponerse libremente a las condiciones que pudiese querer imponerle el empleador.<sup>25</sup>

Si esto es así, no parece resultar adecuado dejar a cargo del propio trabajador este primer control temporal sobre los mecanismos de control. Desde este punto de vista, hubiera resultado más adecuado mantener un control externo al vínculo contractual, en manos de la autoridad de aplicación o de la entidad sindical que deba intervenir en representación del trabajador.

Podría alguien argumentar también que se optó por esta solución para evitar que el desconocimiento de los mecanismos implementados por parte del trabajador lleve a una violación a su derecho a la intimidad. Pero, como afirmé con anterioridad, si bien el conocimiento por parte del trabajador es un requisito necesario para que éste preste consentimiento -aunque sea tácitamente- para que el empleador pueda interferir que cuestiones que hacen a su intimidad, no basta con este mero conocimiento en todos los casos.

Además de esto, y aun cuando se pueda considerar que el trabajador prestó consentimiento a que se tenga acceso a determinados ámbitos de su intimidad, esto no justifica controles que puedan violar su derecho a la privacidad, o afectarlo en aquellas otras cuestiones que hacen a su dignidad como persona. Por todo esto es que la reciente reforma legislativa, lejos de robustecer los mecanismos de protección de derechos, parece haber venido a flexibilizar las restricciones procedimentales a las que se encontraba sujeto el empleador para ejercer estas facultades de control.

<sup>25</sup> Fuente: <http://thomsonreuterslatam.com/2012/03/doctrina-del-dia-hiposuficiencia-reclamacional-un-nuevo-desafio-para-el-derecho-del-trabajo/> [consulta: 12/09/2017]

## V. ALGUNAS BREVES CONSIDERACIONES FINALES

Con lo visto hasta ahora, se intentó aportar algunas herramientas otorgadas por nuestro derecho constitucional para poder analizar, desde una perspectiva de derechos, cualquier forma de control que pretenda ejercer el empleador en uso de las facultades que la propia ley laboral le confiere.

Al realizar un estudio con mayor profundidad sobre el derecho constitucional a la intimidad y a la privacidad, -tratados en forma diferenciada, y despejando algunas confusiones que muchas veces arrastra la doctrina en torno a ellos- podemos encontrarnos con lineamientos generales que nos dan un marco de interpretación sobre el cual deberán asentarse las facultades de control propias del empleador en la relación laboral.

El uso de diversas herramientas tecnológicas puede variar con los años, y con ellas las formas en que se implementan los mecanismos de control patronal. Esto, sin embargo, no podrá afectar a aquellos derechos humanos reconocidos a las personas en nuestro actual Estado de Derecho.

